PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL ECUADOR

SEDE IBARRA

ESCUELA DE JURISPRUDENCIA

INFORME FINAL DEL PROYECTO

TEMA:

"EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PECULADO"

PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL TITULO DE:

ABOGADO

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

13.- DERECHO, PARTICIPACIÓN, GOBERNANZA, REGÍMENES POLÍTICOS E INSTITUCIONALIDAD.

Autor:

Oscar Joel Cruz Pineda

Tutor:

Dr. Jaime Eduardo Alvear Flores MGs.

IBARRA, SEPTIEMBRE – 2020

Ibarra, 29 de septiembre de 2020

Dr. Jaime Eduardo Alvear Flores MGs.

ASESOR

CERTIFICA:

Haber revisado el presente informe final de investigación, el mismo que se ajusta a las normas vigentes en la Escuela de Jurisprudencia, de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI); en consecuencia, autorizo su presentación para los fines legales pertinentes.



(f:) ……

Dr. Jaime Eduardo Alvear Flores MGs.

C.C.: 100152792-6

PÁGINA DE APROBACIÓN DEL TRIBUNAL

El jurado examinador, aprueba el presente informe de investigación en nombre de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra (PUCESI):



(f): ……

Dr. Jaime Eduardo Alvear Flores MGs.

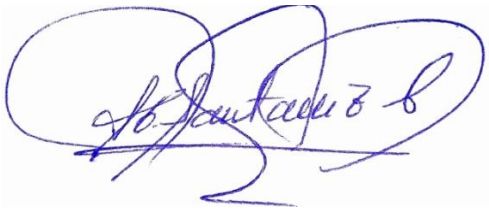
C.C.: 100152792-6



(f): ……

Dr. Bartolomé Gil Osuna

C.C.: 175892258-5



(f): ……

Dr. Hugo Bayardo Santacruz Cruz

C.C.: 100282639-2

ACTA DE CESIÓN DE DERECHOS

Yo Oscar Joel Cruz Pineda, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 165 del Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, que manifiesta textualmente: "Se reconoce facultad de los autores y demás titulares de derechos de disponer de sus derechos o autorizar las utilizaciones de sus obras o prestaciones, a título gratuito u oneroso, según las condiciones que determinen. Esta facultad podrá ejercerse mediante licencias libres, abiertas y otros modelos alternativos de licenciamiento o la renuncia".

Ibarra, 29 de septiembre de 2020



f): ……..

Oscar Joel Cruz Pineda

C.C.: 1004400733

AUTORÍA

Yo Oscar Joel Cruz Pineda, portador de la cédula de ciudadanía N° 100440073-3, declaro que la presente investigación es de total responsabilidad del (los) autor (es), y eximo expresamente a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra de posibles reclamos o acciones legales.



f): ……..

Oscar Joel Cruz Pineda

100440073-3

DECLARACIÓN y AUTORIZACIÓN

Yo: Oscar Joel Cruz Pineda con CC 100440073-3, autor del trabajo de grado intitulado: EL REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD EN EL PECULADO, previo a la obtención del título profesional de Abogado en la Escuela de Jurisprudencia.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede- Ibarra, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador Sede Ibarra a difundir a través del Repositorio Digital de la PUCESI el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Ibarra, 29 de septiembre del 2020



(f.)……..

Oscar Joel Cruz Pineda

C.C. 100440073-3

A ti papá, mi querido pájaro de libre vuelo

ARTÍCULO CIENTÍFICO

Índice

Resumen viii

Abstract..... ix

Introducción……..……xi

Estado del Arte 1

Materiales y Métodos.....46

Resultados y Discusión 47

Conclusiones y Recomendaciones 52

Referencias Bibliográficas 55

1. RESUMEN

La acción penal pública es ejercida por parte de la Fiscalía General del Estado al momento de conocer el cometimiento de un delito ya sea por denuncia u oficio, esto con el fin de procesar penalmente a una persona. Sin embargo, con la emisión de la Resolución de 24 de febrero de 2010 emitida por la Corte Nacional de Justicia y publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010, la Contraloría General del Estado debía emitir un informe con indicios de responsabilidad penal de una persona, en calidad de requisito de procedibilidad para que la Fiscalía pueda iniciar un proceso con base en sus competencias y facultades investigativas. Por ello esta investigación buscó identificar la pertinencia del informe emitido por el organismo de control, como un requisito indispensable para que la Fiscalía General del Estado inicie una investigación penal en contra de una persona que se presume cometió el delito de peculado. A través del método inductivo y exegético, se revisó y analizó la normativa penal y procesal correspondiente, conjuntamente con los fallos emitidos dentro de los procesos que buscaron suprimir esta figura jurídica en la etapa procesal que la Resolución mencionada *ut supra* la estableció, de igual manera se analizaron los criterios de varios autores ecuatorianos que trataron esta problemática en referencia a los efectos jurídicos que esta Resolución pudo conllevar respecto a la imprescriptibilidad de la acción y la pena. Llegando a la conclusión de que el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado pudo influir en la prescripción de la acción impulsada por la Fiscalía y la prescripción de la pena, así lo confirmó la Corte Constitucional a través de la Sentencia 5-13/N19 y acumulados mencionando que este informe vinculante podría ser considerado como una intromisión y una traba a las competencias de la Fiscalía.

Palabras Clave: Procedibilidad, Requisito, Control, Peculado, Funcionario Público

2. ABSTRACT

Public criminal action is exercised by the State Attorney General's Office at the time of knowing the committing of a crime, either by complaint or office, this in order to criminally prosecute a person. However, with the issuance of the Resolution of February 24, 2010 issued by the National Court of Justice and published in Official Gazette No. 154 of March 19, 2010, the Comptroller General of the State had to issue a report with indications of criminal responsibility of a person, as a procedural requirement for the Prosecutor's Office to initiate a process based on its powers and investigative powers. Therefore, this investigation sought to identify the relevance of the report issued by the control body, as an essential requirement for the State Attorney General's Office to initiate a criminal investigation against a person who is presumed to have committed the crime of embezzlement. Accordingly, the corresponding criminal and procedural regulations were reviewed and analyzed, together with the rulings issued within the processes that sought to suppress this legal figure in the procedural stage that the aforementioned Resolution ut supra established, in the same way it was reviewed and analyzed the criteria of several Ecuadorian authors who dealt with this problem in reference to the legal effects that this Resolution could entail regarding the imprescriptibility of the action and the penalty. Concluding that the report with indications of criminal responsibility issued by the State Comptroller General's Office could influence the prescription of the action brought by the Prosecutor's Office and the prescription of the penalty, as confirmed by the Constitutional Court through the Sentence 5-13 / N19 and accumulated, mentioning that this binding report could be considered an interference and an obstacle to the powers of the Prosecutor's Office.

Keywords: Procedure, Requirement, Control, Embezzlement, Public Official

3. INTRODUCCIÓN

La Resolución de 24 de febrero de 2010 emitida por la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 154, de 19 de marzo de 2010, en su parte pertinente señaló:

> **Art. 1.-** Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal. (Resolución 24-02-2010, 2010, p. 2)

La Resolución citada, por un lado, daba paso a que la figura jurídica del peculado se muestre vulnerable frente a un proceso penal, respecto de la prescripción que el requisito de procedibilidad tiene, y, por otro lado, la investigación fiscal dentro de un proceso penal no podía empezar hasta que la Contraloría General del Estado emita el informe correspondiente.

Han sido varios los intentos para que la Resolución 5-13-IN/19 y acumulados sea revisada por los órganos judiciales competentes, estas acciones constitucionales provienen desde el 2013, de la siguiente manera: "El 28 de febrero de 2013, Raúl Alberto Cabanilla Oramas presentó una acción pública de inconstitucionalidad contra la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia". (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 1)

Ante esta acción constitucional, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite la misma, para que posteriormente la Corte Nacional de Justicia (2019) solicite: "[…] se rechace la acción de inconstitucionalidad planteada por el abogado Raúl Cabanilla Oramas", asimismo, la Procuraduría General del Estado solicitó a la Corte "rechace la acción pública de inconstitucionalidad propuesta". (p. 1)

Posteriormente el mismo accionante presentó acción pública de inconstitucionalidad en contra del artículo 581, inciso final, que mencionaba: "Para el ejercicio de la acción penal,

por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado" (Código Orgánico Integral Penal, 2014), se puede evidenciar claramente el intento del accionante en que el informe previo de Contraloría no constituya requisito de procedibilidad, al haber presentado acciones constitucionales frente a la Resolución de la Corte Nacional y al mismo Código Orgánico Integral Penal, los cuales, en esencia tenían la misma figura, el requisito de procedibilidad.

La acción presentada ante el artículo 518, inciso final del COIP, fue admitida por la Sala de Admisión de la Corte Constitucional el 16 de noviembre de 2016; y, el 14 de diciembre de 2016, la Asamblea Nacional solicitó a la Corte: "desechar la demanda, declararla improcedente y ordenar su inmediato archivo", al igual que la Asamblea, nuevamente la Procuraduría solicitó a la Corte: "emita sentencia rechazando la Acción de Inconstitucionalidad propuesta, por improcedente y carente de sustento jurídico" (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 1-2)

Con fecha 1 de febrero de 2018, César Carrión Moreno, en calidad de legislador presentó acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 581, inciso final del COIP, posteriormente la Sala de Admisión de la CC admitió a trámite tal acción. La Presidencia de la República, la Procuraduría y la Asamblea Nacional conjuntamente solicitaron a la Corte, rechazar la acción por carecer de fundamento jurídico, se la declare improcedente y se ordene el archivo inmediato. Podemos observar la pelea jurídica (si así podría llamarse) entre los accionantes y varias de las instituciones que conforman las funciones del Estado, evidenciando los intentos mediante acciones constitucionales impulsadas.

Ahora bien, la justicia en el Ecuador tiene el deber constitucional y legal de desarrollarse con imparcialidad y con principios que deben ajustarse a un ejercicio judicial efectivo que debe regirse por las reglas de competencia, por tal razón esta investigación busca analizar dos puntos que originaba el informe de Contraloría que actuó como requisito de procedibilidad, por un lado, la posibilidad de prescripción de la acción de Fiscalía frente al peculado, en virtud de la prescripción que tiene la Contraloría en relación a la emisión del informe, y por otro lado, la tardía investigación que podía ocasionar un proceso penal, cabe

mencionar que Fiscalía es un órgano autónomo, y es quien organiza y dirige un sistema especializado de investigación.

El Derecho Penal desde su nacimiento normativo en el Ecuador con el Código Penal emitido en la presidencia de García Moreno ha estructurado el poder punitivo del estado protegiendo los bienes jurídicos de la sociedad, y, es así que el Ecuador como tantos países de la región como del mundo han visto necesaria la oportunidad de cuidar sus bienes de aquellas personas que de la misma manera, por su calidad de funcionario público puedan sustraerse o apropiarse de bienes pertenecientes a las arcas del Estado, mediante la tipificación de un delito en específico como es el peculado.

El peculado tiene la característica de imprescriptibilidad, al igual que otros delitos, según los declara el artículo 233 de la Constitución, lo cual define que el procesado puede ser juzgado incluso en ausencia; otra característica importante es que este delito sanciona el manejo de bienes públicos, es desde este punto donde viene su epistemología, *peculio* que significa bienes del patrimonio (Vásquez, 2013); y tras su tipificación, tal como lo menciona el artículo 278 del COIP, el peculado se ha configurado como el abuso, apropiación, distracción o disposición arbitraria de recursos públicos con el fin de enriquecerse una persona o a terceros. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

En el Ecuador, desde la emisión de la Resolución (2019) no se podía iniciar una investigación penal por el delito de peculado a una persona sin que exista un informe previo de Contraloría en el cual se verifiquen los fondos que un funcionario público debe manejar y cuidar, por ello, en el caso de existir malversación o falta de estos, se emite una glosa en contra de esta persona, así lo señaló el artículo 581 inciso final del COIP, en el cual manifestó:

> Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

La Contraloría General del Estado tiene sus competencias determinadas en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y en la Constitución, en las cuales se puede encontrar que esta entidad emite informes dando a conocer al Estado y a la sociedad el bueno manejo de los recursos públicos, por lo cual, en el delito de peculado el organismo máximo de Control tiene la facultad para emitir informes con indicios de responsabilidad penal, mismo que posteriormente será remitido a la Fiscalía General del Estado.

La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su artículo 31 numeral 34, menciona la competencia de esta entidad, la que además mediante el producto emitido por este organismo dentro del proceso penal servirá como prueba para poder enjuiciar a una persona por el cometimiento siempre y cuando el agente fiscal lo considere, y la cual va a ser punto de debate en su relación a tener la calidad de requisito de procedibilidad, recalcando el mencionado artículo que:

> Establecer responsabilidades individuales y administrativas, por quebrantamiento de las disposiciones legales, reglamentarias y de las normas de que trata esta Ley; responsabilidades civiles culposas, por el perjuicio económico sufrido por la entidad u organismo respectivo, a causa de la acción u omisión de sus servidores, e indicios de responsabilidad penal, mediante la determinación de hechos incriminados por la ley. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002, art. 34 numeral 31.)

La responsabilidad penal la investiga Fiscalía desde el momento del cometimiento del delito hasta que el órgano judicial sanciona al procesado, pero, en el contexto del cometimiento de un delito de peculado existió una característica especial, que trató respecto a que el organismo de control emita el informe respectivo, con el objetivo de que Fiscalía inicie un proceso penal, es en ese momento donde nacen los puntos señalados anteriormente, la posibilidad de prescripción de la acción y la falta de celeridad en la investigación. Por ello, este trabajo se encuentra enmarcado en la línea de investigación de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Derecho, participación, gobernanza, regímenes políticos e institucionalidad, en virtud del conflicto de las competencias institucionales que provocó la emisión del informe con indicios de responsabilidad penal de la Contraloría actuando como requisito de procedibilidad, lo cual provocó complejidades en las respuestas jurídicas a nivel institucional y social; sin embargo, con lo señalado por la Corte Constitucional mediante

sentencia No. 5-13-IN/19 promueve a un mejor Estado y a una sociedad más justa, en relación al tercer eje del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021, tomando en cuenta el efecto jurídico y el impacto en el entorno social que pudo provocar el informe de Contraloría como un requisito pre procesal para que el organismo acusatorio investigue el daño a la administración pública.

Es importante la existencia de un informe elaborado por Contraloría, mismo que sirva como medio probatorio para que posterior éste sea uno de los elementos que ayuden al agente fiscal a que se configure la responsabilidad en una persona que ha cometido peculado, esa es una de sus competencias, la cual es indispensable en el proceso penal, sin embargo, el momento procesal en el cual se utilizaba este informe no era el idóneo en virtud de los problemas jurídicos que pudo originar. Es decir, el informe de Contraloría debe actuar como indicio para que posteriormente sea incluido como prueba en el proceso, mas no como requisito de procedibilidad y prueba.

La importancia del estudio de esta problemática radica en que en el Ecuador el delito de peculado es imprescriptible en la acción y la pena, pero anteriormente se determinó que para que la Fiscalía pueda iniciar un proceso penal por peculado a una persona, cuente con el informe previo con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría. La Constitución de la República del Ecuador establece la imprescriptibilidad de este delito, sin embargo, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado establece que el órgano de control tiene un máximo de siete años para emitir el informe con indicios de responsabilidad penal, el cual fue indispensable para que la Fiscalía inicie un proceso penal por peculado, por lo cual, una vez caducado el tiempo para que la entidad de control emita este examen, daba paso a que sea imposible perseguir el delito de peculado por ausencia del requisito de procedibilidad, provocando impunidad. Es decir, a pesar de que el peculado es imprescriptible, la caducidad del plazo para la emisión del informe provocaba que el peculado si prescriba, contraviniendo a la Constitución.

Por ello, el objetivo principal de esta investigación se refiere a determinar la pertinencia del informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado en calidad de requisito de procedibilidad en la persecución de un proceso por el delito de

peculado, conjuntamente con los objetivos específicos referentes a delimitar las competencias de la Fiscalía General del Estado y la Contraloría General del Estado, tomando en cuenta que estas dos instituciones pertenecen a funciones distintas y las competencias y facultades conferidas por la ley tienen un distinto ámbito de aplicación; además de identificar los distintos tipos de peculado que la doctrina ha señalado, y cuál es el rol de cada uno de estos dentro de la acusación que maneja la Fiscalía General del Estado, en virtud de los elementos que conforman el delito; y, establecer la problemática que generó el informe de Contraloría en calidad de requisito de procedibilidad del delito de peculado, tomando en cuenta el criterio de varios autores que han estudiado el contexto de esta problemática. En virtud de aquello, la pregunta de la investigación comprende: ¿Es necesario que el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado actúe como requisito de procedibilidad, para que posteriormente la Fiscalía pueda iniciar la instrucción fiscal a una persona por peculado?

Con los resultados de la investigación propuesta se aportará información que permita analizar si el informe elaborado por la Contraloría fue pertinente a que actúe como indispensable en la etapa preprocesal de un proceso penal y se establezca las distintas facultades otorgadas al organismo de control y al organismo de acusación penal. Por lo tanto, los beneficiarios de esta investigación serán todos aquellos profesionales del derecho que litigan en el campo penal, con el fin de poder conocer acerca de cómo llevar a cabo una defensa eficaz, además de la Fiscalía General del Estado, ya que podrá ejercer su investigación con base en el principio de autonomía que establece la Constitución de la República, y así el proceso penal pueda desarrollarse con mayor celeridad.

4. ESTADO DEL ARTE

El delito de peculado a lo largo de los años ha tenido varias e importantes reformas por cada Código Penal emitido en el Ecuador, desde 1837 hasta la actualidad, dando a conocer a la sociedad, que este ilícito penal ha evolucionado de una manera considerablemente positiva para el poder punitivo tanto en su pena como en su aplicabilidad, y eficacia, además de su acción y de su imprescriptibilidad en la acción y la sanción. Es así que Gómez (s.f.) en su obra "Manual de Derecho Penal Ecuatoriano" señala:

> El peculado es un delito de vieja data, pues ya estuvo previsto en el derecho tomando, de donde toma su denominación. Está tipificado en todas las legislaciones; concretamente en el Ecuador desde el primer Código Penal, con un texto que se mantuvo casi idéntico hasta la expedición del Código de 1938, pero a partir de entonces ha sido objeto de numerosas reformas. Entre ellas deben anotarse por su importancia, conforme se analizará más adelante, las siguientes: las de 1941; la 1977 al expedirse la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (LOAFYC), que sufrió en poco tiempo una nueva reforma; las de 1985, mediante la cual se agregaron artículos relacionados, que se mantienen innumerados; y las de 1999, referidas al llamado "peculado bancario". (Albán, s.f, p. 44)

Paredes (2009) presentó su tesis de maestría titulada "El delito de peculado en el Ecuador" en la cual indica que en la época romana, el término peculado fue utilizado para calificar el delito, la actuación de sustraerse dineros o cosas pertenecientes al pueblo romano, los cuales eran considerados como sacras, este delito era cometido por quien estaba a cargo la administración. Posterior a aquello, el término peculado solamente su utilizó para denominar la sustracción de dinero o valor custodiado por quien lo administraba, indistintamente del pueblo romano. La configuración del delito de peculado en el pueblo romano, era la de dar un fin distinto al de utilizarlo para el pueblo, la sanción correspondía a la interdicción del agua, fuego y la sanción pecuniaria correspondiente al total sustraído. Es necesario saber la evolución de este delito en el Ecuador, con el fin de concretar lo que hoy se denomina como peculado.

Respecto de esta temática en su estudio titulado "Derecho penal parte especial" elaborado por Castellón (2008), indica la manera que ha aplicado el Estado para configurar este tipo

penal. En el año 1837 la persona que cometía peculado solamente era castigada de forma civil o administrativa, siendo que esto era consumado por tesoreros, administradores o contadores encargados de las instituciones del sector público o quienes prestaban un servicio público, utilizando los caudales del Estado para otro fin del cual legalmente no era destinado. Es decir, se sancionaba la malversación con el 10% del caudal mal administrado.

Las penas en 1837 con el Código Rocafuerte eran variables respecto al peculado, se habló de fianza equivalente al monto malversado, la declaratoria de infames a las personas que mal destinaban los recursos públicos, la suspensión de trabajo por determinados años por lo que generalmente para ese tiempo era de 2 a 4 años, la sanción de trabajos forzados o trabajos en carretera, eran estos los castigos en la época, mas no la reclusión en un centro de privación de libertad.

El verbo rector del tipo penal peculado en 1837 era "abusar", el cual se encontraba dentro de los dos tipos de peculado que existían en ese entonces, se hablaba del peculado general y el bancario, el primero se trataba de los delitos que se cometían en perjuicio del público en instituciones del sector público y cometido por un funcionario público; el segundo, se trataba sobre la persona del sector privado como un banquero que se apropie o abuse de los dineros privados que se entregaban en las manos de este funcionario.

Desde el Código Garciano de 1871 en adelante se crearon varios conjuntos de normas penales que trataban al delito que guardaba relación con los "Abusos y Concusiones cometidos por funcionarios públicos", Uzcátegui y Falconí (1982) en su Manual de Práctica Procesal en los Juicios por peculado, segunda edición aumentada y actualizada, indican que el artículo 257 del referido cuerpo normativo señaló:

> Serán castigados con reclusión de tres a seis años, todo empleado público, toda persona encargada de un servicio público, que hubiere abusado de dineros públicos o privados, de efectos que lo representen, de piezas, títulos, documentos, o efectos mobiliarios que estuvieren en su poder en virtud o razón de su cargo. (Uzcátegui & Falconí, 1982)

Después de la emisión de varias normas penales en el Ecuador, finalmente se llega al punto referente a los requisitos de procedibilidad y es que, el Consejo Supremo de Gobierno, dicta la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control en el año 1977, señaló como una de las competencias del organismo de control que "La Contraloría General, al realizar sus funciones de control externo, podrá examinar y evaluar el control interno de las entidades y organismos y formulará las recomendaciones específicas que fueren necesarias para mejorarlo" (Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control, 2002, art. 256), en el cual cuando se trate de estados financieros se lo emitirá con el fin de su respectivo dictamen profesional.

Este examen o informe, hasta la actualidad ha tenido un punto de discusión que es la prescripción de la acción penal y de la pena, es decir, hasta el año 1971 la acción penal prescribía en el doble del tiempo señalado en el código de la época, a diferencia que desde el año establecido la acción prescribirá en veinte años. Por ejemplo, si una persona comete el delito de peculado en 1980, hasta el 2000 se podría iniciar la acción, previo informe de Contraloría, si en el último día antes de la prescripción de la acción se iniciaba el proceso, éste prescribirá en el año 2020.

El delito de peculado no en todas las legislaciones se sanciona de la misma forma, a diferencia de algunos delitos de la administración pública que sus penas son parecidas en el derecho comparado. En el derecho comparado este delito es sancionado de una manera mucho más leve y en otros de forma drástica, como es el caso de Ecuador, en el cual existen varias características en la sanción de este delito, hablamos de la imprescriptibilidad de penas, con la posibilidad de que la acción y la pena tenga el carácter de prescriptible, lo cual genera impunidad.

Respecto de la tipicidad, señala Albán (s.f) que los elementos que integran la tipicidad del peculado en el COIP son:

- El núcleo del delito está dado por el verbo "abusar", pero al final del primero inciso del Art. 257, las reformas de 1941, especificaron que el abuso podía consistir en desfalco,

disposición arbitraria, malversación (modalidad eliminada posteriormente) o cualquier otra forma semejante;

- El delito debe haber producido el efecto de beneficiar al sujeto activo o a un tercero;

- El sujeto activo del delito debe ser un "servidor" de un organismo o entidad del sector público o una persona encargada de un servicio público (se señalará separadamente la situación del llamado peculado bancario y la calidad del sujeto activo de esta infracción);

- El objeto material del delito está determinado por las palabras "dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos, documentos, bienes muebles o inmuebles"; pero bajo la condición de que estén en poder del servidor "en virtud o razón de su cargo" (p. 44)

Como señala el autor, para que se configure el peculado dentro del proceso penal, se necesita a su criterio lo citado en el anterior párrafo. En la acción que produce la consumación del delito, será sustraer o apropiarse de los bienes o dineros públicos, tomando en cuenta el verbo rector que el COIP establece; el beneficio que mantenga la persona que comete el delito debe ser para ella o por un tercero por medio de este, sea esto mediante dinero, contratos o títulos que generen perjuicio a la administración pública; en lo que respecta al sujeto activo del delito, podemos tomar en cuenta los diferentes tipos de peculado, especialmente el propio y el impropio, tal como se ha señalado en el presente trabajo, el primero relacionado con funcionarios públicos y el segundo quien no tiene la calidad de tal, sin embargo, cuando se escucha el término peculado es común tener una perspectiva de dinero o bienes públicos relacionado a un funcionario público.

En lo que respecta al sujeto activo del delito, es decir, el individuo que comete el acto típico, antijurídico y culpable, la doctrina ha considerado al peculado como una infracción que atenta o perjudica a la administración pública, para lo cual quien provoca el daño debe ser un funcionario público o quien brinda un servicio al Estado, actuando como copartícipes del delito personas que tienen la calidad de servidor público.

Con base en las capacidades de una persona, las distintas instituciones del Estado a través de sus órganos confían el manejo de los bienes y recursos públicos a una persona, para que éste los administre, conforme a la actividad que realice. Señala Betancurt (1998) en su libro Delitos en Particular que, en configuración al delito de peculado y la conducta que comete el sujeto activo, siendo esta típica, antijurídica y culpable, debe realizarse mediante actos corporales o materiales, por ende esta acción no se puede ser judicializada por omisión, es por eso que se configura la conducta cuando se realiza en beneficio de uno mismo o de un tercero.

El manejo de los recursos públicos dentro del peculado, es la malversación o sustracción del bien o dinero que maneja el funcionario público, sin embargo, cuando el mismo funcionario en razón de su trabajo puede perder o dañar el elemento que se la ha encargado su administración, me refiero a si un chofer de Ministerio fue víctima de un robo o hurto del vehículo que conduce, la computadora que la secretaria de una institución fue perdida o dañada, estos actos que no tienen la característica de dolosos tienen una sanción más leve, que puede ir desde una sanción administrativa a un simple llamado de atención, en virtud de que no hay dolo para sustraerse el bien.

Analizando la acción típica Creus (1995) en su estudio Derecho Penal parte especial 5ª edición manifiesta:

> No se trata indispensablemente de un apoderamiento o de una apropiación puesto que no es necesario que el agente actúe con el ánimo de hacer penetrar el bien en su propia esfera de tenencia administrativa o en la de un tercero; sustrae el que quita el bien de la esfera de tenencia administrativa, aunque solo haya hecho con la exclusiva voluntad de apartarlo o separarlo de ella. (p. 196)

Respecto a aquello, la norma que tipifica el peculado ha señalado “en razón de su cargo”, lo cual da paso y da a entender que quien es susceptible de ser procesado por peculado debe tener la calidad de funcionario público, siendo que la administración pública dio la confianza y entregó el manejo del bien que pertenece al Estado para que este lo administre, use y/o produzca en razón de su cargo. Esto tiene que ver con la ética de la persona y con los valores que el derecho como la humanidad establece para el manejo de la administración pública.

Señalaba un dicho francés que, la educación de una persona se nota ante la sociedad cuando éste, a pesar de tener la disponibilidad de robar, no roba. Respecto a esto Peñaloza (2005) en un estudio de la Universidad Cooperativa de Colombia, titulado Sentencias Penales Frecuentes manifiesta:

> Para esto, es necesario que el sujeto activo calificado, sea un servidor público, calidad que se adquiere por imperativo legal, decreto, nombramiento entre otros. Por otro lado, el dinero sobre el que recae la acción del robo, hurto, disposición pertenecen a una entidad del Estado por lo que son considerados bienes oficiales o públicos. En cuanto a la culpabilidad, hace referencia a la infracción del deber objetivo de cuidado además de que la extracción o extravío, debió haber sido previsible que, siendo previsto, el funcionario confió en poder evitarlo. La lesión del bien jurídico protegido se configura por la traición a la confianza depositada por la administración pública en sus agentes, la diligencia y eficiencia al desempeñar un cargo público, lo cual afecta al Estado y su credibilidad. (p. 155)

En virtud de lo manifestado, el sujeto activo es la persona a quien la administración pública encargó el manejo de un bien, y por acto doloso este lo malversó, sustrajo o apropió para el en beneficio propio o de un tercero. Se ha señalado que el sujeto activo debe tener la calidad de servidor público en razón de que el manejo de los recursos que el administra, son de propiedad del Estado. Sin embargo, en los distintos tipos de peculado se podrá evidenciar más adelante que el sujeto activo no necesariamente tiene la calidad de funcionario público.

Ahora bien, referente al daño generado por el cometimiento del delito, el perjuicio provocado afecta directamente a la administración, misma que se entiende como aquellas instituciones que conforman el sector público, así lo menciona el artículo 225 de la Constitución de la República, señalando que las instituciones que conforman el aparato estatal son las siguientes:

- Los organismos y dependencias de las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
- Las entidades que integran el régimen descentralizado: consejos regionales, consejos provinciales, concejos cantonales y juntas parroquiales;

- Los organismos y entidades creadas por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, la prestación de los servicios públicos o el desarrollo de actividades económicas asumidas por el Estado;
- Las entidades creadas por actos normativos de los gobiernos autónomos descentralizados (ordenanzas), también para la prestación de servicios públicos. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En virtud de aquello, podemos determinar que la administración pública no solamente se la debe entender como las instituciones que conforman la función ejecutiva, sino todas las citadas en el párrafo anterior, cabe recalcar que existen instituciones o empresas públicas creadas mediante decreto, ordenanza o ley, mismas que cumplen una función determinada y que también forman parte de la administración pública.

Dentro de un contexto más amplio, la administración pública puede también ser entendida como un flujo dentro del cual se encuentra comprendido todos quienes conforman el Estado, conjuntamente con sus ciudadanos, detallado de la siguiente manera:



Fuente: Joel Cruz

Elaboración: Propia

Con el gráfico anterior, se quiere demostrar el daño provocado por el cometimiento del delito de peculado, es decir, no solamente va dirigido a la administración pública como ya se mencionó anteriormente, que se encuentra conformada por diferentes instituciones del Estado que brindan un servicio público, tomando en cuenta aquellas creadas para un fin específico mediante decreto, ley u ordenanza, sino también a los ciudadanos aportantes con sus impuestos, mismos que indirectamente se ven afectados con el desvío de aquellos capitales, o con los bienes adquiridos por el Estado que pudieron ser pagados con sus impuestos, concuerda con esto Freire (2018) en su investigación denominada "Los requisitos de procedibilidad en el delito de peculado en el Ecuador", refiriéndose a los afectados en el sector regulado por la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria:

> En el caso de ser peculado cometido en instituciones del sistema financiero o de economía popular y solidaria como lo es en el presente caso, los sujetos pasivos pueden ser, la entidad financiera afectada, o si dicha afectación obliga al cierre de la entidad financiera, los sujetos pasivos serían los cuenta ahorristas de dicha entidad financiera. (p. 79)

Como ya se ha mencionado en este trabajo, el sujeto pasivo no es el bien o el objeto material producto del delito, o a su vez en el proceso penal, el daño no se entiende a la sustracción o apropiación de la administración encargada por el Estado a quien comete el delito, este verbo podría ser configurado o entendido como la conducta materia de la investigación dentro de la tipicidad, el afectado directamente es la administración pública, en virtud de que quien es el principal encargado por velar los bienes que son posesión del Estado es éste, a través de sus instituciones, con sus funcionarios públicos, como se habló en el punto anterior, al haber entregado y depositado la confianza en su administración. Señala Albán (s.f) respecto a la administración pública:

> Hay que señalar que, en principio, el Estado es en estos delitos el sujeto pasivo, pero no considerando como el ente jurídico-político, titular de la soberanía (contra cuya integridad externa e interna atentan los delitos contra la seguridad del Estado tipificados en el Título I), sino en su fase administrativa, es decir en el desarrollo de las actividades dirigidas a satisfacer las necesidades de los ciudadanos y en las relaciones con estos. (p. 41)

Quienes se encuentran encabezando la administración pública están de paso, es decir, no van a ser ellos quienes dirijan, regulen, vigilen o progresen las funciones y atribuciones de una institución, solamente lo harán por un tiempo determinado, en virtud de que los gobernantes escogen a quienes encabezarán una institución u órgano del Estado.

El daño no va dirigido a quien como señala Albán (s.f) al ente jurídico-político, sino a la administración pública en razón de que una vez concluido el gobierno o mandato de una persona, período durante el cual pudo haberse cometido peculado, el daño queda a pesar de que el gobernante o mandante ha dejado su cargo, y ojo, no queremos referirnos manifestando que el mandante precisamente sea quien preside la función ejecutiva, nos referimos a todos aquellos que tienen la potestad de nombrar el cargo de una persona para que con base en sus funciones sirva a la administración pública.

Ahora bien, en la introducción de este trabajo se mencionó de manera parcial las características del peculado, una de ellas es la imprescriptibilidad de la pena y de la acción, en virtud de lo que señala el artículo 233 de la Constitución de la República, en concordancia con los artículos 16 y 17 del COIP.

Raza (2008) presenta su libro llamado "El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998", indicando que la imprescriptibilidad se incluyó desde la crisis financiera que ocasionó el feriado bancario del 1998, con el fin de que se pueda procesar a quienes cometieron este delito, a pesar de que estos huyan a otros países en donde comúnmente solicitan asilo o refugio. El peculado cuando es consumado lesiona la administración pública que es el bien jurídico protegido, es así que en la obra titulada "Definiciones Doctrinales en Materia Penal" elaborada por Sigüenza (2010) menciona:

> El peculado o malversación de fondos públicos ha sido considerado por la moderna doctrina como un delito que, si bien afecta al patrimonio del Estado o de organismos descentralizados o de participación estatal, no constituye ésta la razón principal de su punición (…) Ello ha llevado a considerar que si bien el peculado se afectan los bienes del Estado o de la administración pública, lo que en realidad lo distingue de otros delitos, en que se causa daño económico, es fundamentalmente, el interés social en la fiel custodia y administración de los

> bienes confiados a las personas que desempeñan cargos del Estado u organismos privados de participación estatal. (Sigüenza, 2010, p. 26-27)

La imprescriptibilidad en el peculado hay que entenderlo tanto en la acción como en la pena, para lo cual en el punto correspondiente se analizará más a profundidad la prescripción. El inciso octavo del artículo 278 del COIP señala:

> Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

La imposibilidad de por vida para ejercer cargo público o labores en instituciones que realicen intermediación financiera también es una característica especial que mantiene el peculado respecto de su sanción, sin embargo, la normativa penal en concordancia con la normativa constitucional, señala que en el Ecuador a consideración de la pena, que ninguna persona puede ser sancionada con privación de libertad superior a 40 años, por lo que esta sanción, podría ser motivo de análisis en virtud del objetivo principal de la resocialización de la persona privada de libertad.

Esta imposibilidad es de carácter sancionatorio penal, tomando en cuenta que el COIP contiene las penas privativas de libertad, por lo cual no podría ser considerada como una sanción administrativa o civil, ya que es dictada por un juzgador de competencia en materia penal y por ende su naturaleza es tal, por lo cual al estar considerada dentro de un mismo tipo penal y ser dictada dentro de un mismo proceso y sanción, una vez concluida la pena privativa de libertad, esta medida conjuntamente debería considerada como extinta.

De ahí viene el objeto de la rehabilitación y reinserción social, que una persona que ha cumplido su pena pueda ser incluida en la sociedad nuevamente en calidad de libre de cargos, sin ningún impedimento en virtud de que ha cumplido la pena que ocasionó la comisión de un delito, la Comisión Nacional de Derechos Humanos de México señala:

> […] en las prisiones deben existir tratamientos técnicos, individuales, familiares y comunitarios, sobre un acompañamiento que hagan posible la reinserción social sobre la base de los ejes mencionados de la educación, el trabajo, la capacitación para el mismo, la salud y el deporte, para que realmente exista una prevención de nuevas conductas antisociales, como se ha señala en este estudio, minimizando posibilidades de rechazo social, en virtud de haber transitado por una prisión, de donde surgen muchas veces actos y respuestas de estigmatización. (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2019, p. 88)

El Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores (SNAI) señala que su objetivo integral es "Construir un sistema de rehabilitación y reinserción humano, eficiente, pacífico y transparente" (Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores, 2020), por lo cual, el mismo Estado a través de la función judicial, estaría actuando como represor en contra de una persona que fue sentenciada por peculado y cumplió su pena, en virtud de imposibilitarle de por vida para ejercer funciones en el sector público y de intermediación financiera en una institución de carácter privado.

Por otro lado, la doctrina ha clasificado a los tipos de peculado, y en este trabajo se ha visto la pertinencia de señalar al peculado propio, peculado impropio, peculado bancario o financiero, peculado por apropiación y peculado por uso indebido, tomando en cuenta el principio de legalidad en el contexto y aplicación de la norma penal, el acusar a una persona de peculado si es que presta sus servicios en instituciones financieras que se encuentran bajo el control y regulación de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria (cooperativas de ahorro y crédito), podría ser un reto en contra de la acusación que genera Fiscalía, en virtud de que la configuración del delito cometido dentro de las instituciones de carácter privado, no guarda semejanza total con el cometimiento del peculado en el sector público, ya que con una defensa técnica que contravenga la tesis que maneja la parte acusatoria, refiriéndose a la naturaleza, origen y diferencia de los bienes públicos y privados, además de la calidad en la que la persona procesada se encontraba al momento de cometer el delito, podría existir la posibilidad de una reformulación de cargos, asemejando la configuración del delito a un posible hurto, estafa o talvez abuso de confianza, beneficiando así al procesado.

Este argumento concuerda con lo señalado por Albán (s.f):

> Más grave fue la incorporación de la frase "o cualquier otra forma semejante". Con ello se ha establecido un caso de interpretación analógica, es decir una fórmula que permite al juez (se podría decir que, de alguna manera, le obliga) a considerar como peculado conductas "similares" al desfalco o a la disposición arbitraria. Esta forma de tipificación crea un tipo abierto contrario al principio constitucional de legalidad o reserva de ley, fundamento del sistema penal. La amplitud que con ello se ha creado es extremadamente peligrosa para la seguridad jurídica y política que se garantiza a través de dicho principio. (p. 45)

Señala Donna (2008) en su libro "Delitos contra la Administración Pública" que solamente serían responsables los funcionarios públicos quienes puedan ser procesados por el delito de peculado por una simple razón, este ilícito es considerado contra la administración pública, siendo el principal perjudicado el Estado por medio de sus arcas fiscales, es decir, la persona que comete este delito es aquella que dispone o abusa de los dineros públicos, por tanto, para realizar dicha acción debería pertenecer o trabajar para el Estado.

De la misma forma Martínez (2015) en su tesis de maestría denominada "El presupuesto de procedibilidad en el delito de peculado sometido en instituciones del sistema financiero Nacional como medio para evitar la impunidad", habla acerca de cuál debería ser la tipificación correcta a fin de no determinar al peculado desde dos puntos, propio e impropio, el primero con relación a recursos públicos y el segundo como recursos privados, si no que debería existir una tipificación diferente para el peculado impropio, lo cual en esencia o desde la perspectiva subjetiva del peculado debería tratarse a este ilícito solamente como aquel que sanciona a la persona que se apodera para sí o un tercero de recursos públicos.

En concordancia con lo que señala Carrara (1956) en su libro "Programa de Derecho Criminal", se distingue el peculado propio e impropio, el primero señala que "es la apropiación de cosa pública cometida por una persona investida de un oficio público, a la cual en razón de él le había sido entregada la cosa apropiada, con la obligación de conservarla y restituirla" (p. 56), el segundo en cambio refiere a que es un delito contra la propiedad pública, es decir, la apropiación de un bien público, cometido por una persona ajena a la administración.

Como se ha visto anteriormente, el término peculado, es utilizado en el manejo y sustracción de bienes que provienen de las arcas públicas, cometido por quien se encuentra en calidad de administrador, de esta forma, la doctrina y la ley han señalado las distintas clasificaciones de este delito.

El peculado propio es básicamente la sustracción o uso de bienes públicos, cometido por un funcionario público que realiza su función en el sector público, al cual con base en sus funciones y aptitudes el Estado le otorgó la custodia de los bienes a utilizarse o cuidarse, es decir, debe existir la relación o el nexo entre su función y lo público.

Respecto a la consecuencia jurídica de este delito, la acción señalada en el párrafo anterior es sancionada con un proceso penal que posterior recae en la privación de la libertad de la persona, eso en el campo penal; en el contexto administrativo, el direccionar o destinar recursos a un presupuesto diferente al originario, siempre y cuando este desvío sea para el uso de un presupuesto distinto perteneciente al Estado, la sanción es meramente administrativa, considerando el beneficio o perjuicio que el administrador recibe con tal acción. De acuerdo a Paredes (2009) citada de la obra Osorio (1976) denominada "Derecho Penal Especial, tercera edición actualizada" indica que:

> […] la indebida aplicación de un funcionario público que da a los caudales que administra, interviniéndoles en objetos de utilidad común, no solo no hay el dolo criminal que lo mueve cuando se apropia de ello, sino que indudablemente en el primero caso, cree él hacer una obra meritoria y el perjuicio solo es posible, si existe por igual, para la opinión en general, que no ve en ello la obra de un delincuente.
>
> Es así como es de costumbre en el poder de Presidente, Ministros, Gobernadores, dan a los caudales públicos un destino diferente del señalado por la ley, por lo tanto ni ellos han sido considerados como malversadores, ni el público les ha considerado como tales. (p. 38)

Como sabemos, en la historia ecuatoriana, varios mandatarios, funcionarios de alto rango y pertenecientes al nivel jerárquico superior, han sido investigados, procesados y sancionados por sustraerse bienes o dinero de las arcas del Estado, ocasionando un perjuicio a la

administración pública, es decir, la tipificación del peculado en la norma penal no busca proteger los bienes públicos en sí, lo que en realidad busca proteger es la misma administración pública, obviamente sin quitar al hecho el carácter delictuoso.

Respecto al peculado bancario o financiero, en principio se lo denomina con dicho término en razón de que las instituciones financieras, en este caso los bancos, son quienes reciben dinero o fondos por parte del Estado para que mediante su giro de negocio bancario, que principalmente es la operación de crédito, dinamicen la economía y mantengan un "orden económico social", por ejemplo, una persona va a un banco y solicita un crédito para poner un negocio de hamburguesas, el banco lo aprueba y brinda el dinero solicitado, para lo cual existe un beneficio duplicado, tanto el cliente del banco con el crédito y el banco con la generación de intereses, produciéndose así la dinamización de la economía, podemos entender entonces que el flujo de dinero proviene gracias al Estado, en virtud de que éste es quien otorgó el manejo de los bienes al banco. El problema recae cuando el Estado al momento de brindar el capital, el banquero corrupto se apropia de los mismos.

Para esto, Paredes (2009) nos señala los tres elementos típicos del delito penal económico, que son:

1. El orden económico social como bien jurídico protegido,
2. Una maniobra fraudulenta para abusar de los fondos captados del público,
3. La violación, es decir la conducta ilícita que consiste en irrespetar alguna norma, no necesariamente penal, sino que puede ser administrativa, inclusive resoluciones de la Superintendencia de Bancos, para configurar la maniobra abusiva de los fondos de fuente pública. (p. 67-68)

En razón de lo señalado, el peculado puede considerado respecto de su verbo rector como desfalco, malversación, sustracción, disposición, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante. Para ejemplificar lo manifestado, Martínez (2015) en su tesis de maestría titulada "El presupuesto de procedibilidad en el delito de peculado sometido en instituciones del sistema financiero Nacional como medio para evitar la impunidad", analiza la Resolución No. 350-2014, referente a un recurso de casación resuelto por la Sala Especializada de lo Penal, señaló:

> La sentencia en análisis hace referencia a un delito de peculado cometido por parte de una cajera en una Cooperativa de Ahorro y Crédito, quien fraudulentamente realizó retiros de una cliente de dicha institución financiera. Por tal conducta, el Tribunal Primero de Garantías Penales del Azuay dictó sentencia condenatoria en su contra imponiéndole la pena de ocho años de reclusión mayor ordinaria, sentencia que en Apelación fue confirmada por la Segunda Sala Especializada Penal de la Corte Provincial de Justicia del Azuay.
>
> Es posterior a ella que la defensa de la sentenciada interpone Recurso de Casación a la sentencia para ante la Corte Nacional de Justicia, fundamentándolo en que, para haberse iniciado el juicio por peculado en su contra, debió existir previamente un informe de Contraloría como requisito *sine qua non* y que, al no existir, por tanto, el juicio tendría vicios de procedibilidad.
>
> Por ello es que claramente menciona en su parte resolutiva *"que en el sistema procesal penal ecuatoriano, un juicio por peculado bancario, puede iniciarse con o sin informe previo de la Contraloría"*. (p. 31)

Por tanto, para llevar al convencimiento de la culpabilidad de la imputada en el presente caso, se tomó como prueba un informe de auditoría realizada por funcionarios de la institución perjudicada con este delito, en razón de aquello ¿Se violentaría el principio de imparcialidad si obtenemos como prueba una auditoría realizada por la perjudicada? La respuesta va a ser que sí, obviamente el principio de imparcialidad se encontraría vulnerado hacia la procesada y en razón de aquello es lo que más adelante se señalará con referencia a la necesidad que tiene un proceso penal de tener como prueba un informe de la Contraloría, pero sin que se encuentre en calidad de requisito de procedibilidad. Y claro, podemos observar aquí la poca fundamentación del abogado patrocinador en virtud de la inobservancia de la Resolución de 24 de noviembre de 2010, emitida por la Corte Nacional de Justicia sobre la cual se detalla más adelante.

> En todo caso, estas modalidades no pueden considerarse como delitos contra la administración pública, sino como delitos financieros. Y no solo por la distinta calidad de los sujetos activos, sino fundamentalmente por la naturaleza del bien jurídico lesionado: el

> orden económico; pero además por las características especiales que tienen en este caso el abuso cometido. (Gómez, s,f, p. 48)

Como ya se ha señalado al principio de este capítulo, lo que puede ser entendido como peculado dentro de una institución privada que se encuentra bajo el marco regulatorio de la SEPS y la Superintendencia de Bancos, podría tener la calidad o naturaleza de delito financiero, ya sea una estafa, hurto o abuso de confianza, tomando en cuenta la calidad o cargo que ostentó el procesado al momento de cometer el delito conjuntamente con la institución en la cual se perpetró el ilícito. Señala Abello (2010) en su investigación titulada "El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: la responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales en las E.P.S. en Colombia." indica:

> […] frente al principio de legalidad, es más favorable imputar a los trabajadores de una E.P.S. que se apropien de fondos parafiscales que ésta administra, la conducta de abuso de confianza calificado que la de peculado por apropiación. En igual sentido, se respeta la finalidad y la descripción del abuso de confianza calificado establecida por el legislador al eliminar el peculado por extensión y tipificar el delito de abuso de confianza calificado, esto es, castigar a un particular por la apropiación de dineros del Estado. Y, por último, se puede también argumentar que el abuso de confianza es el tipo penal más especial en el caso concreto, esto es aplicando el criterio de la norma más especial se eliminaría la posibilidad del concurso entre el abuso de confianza calificado y el peculado por apropiación, definiendo la controversia a favor del primero por ser el tipo penal que abarca toda la conducta realizada. (p. 16-17)

El peculado por apropiación es quizá el tipo de este delito que mayormente se lo puede tomar dentro de su clasificación referente al cometimiento y a un proceso penal, en virtud de que la naturaleza de este según Cueva (2006) en su libro "Peculado (1era ed.) indica que "radica en la sustracción o apropiación de cosas públicas, en provecho propio o ajeno, por aquel a quien está confiada su custodia" (p. 71), por ello, el apropiarse de los bienes públicos o sustraerse los mismos constituye la configuración de este delito dentro de un proceso penal y a manera fácil de deducirla, cuando se menciona el término "peculado" se entiende a la

apropiación de bienes públicos. Es así como Freire (2018) menciona respecto de la clasificación del peculado:

> El verbo rector en este tipo de peculado es "apropiarse" lo cual implica la disposición del dinero o bienes inmuebles por parte de una persona ajena al mismo. Este tercero dispone de los objetos apropiados como dueño de los mismos, sin ánimo de devolver lo tomado. (p. 20)

Respecto al ánimo que tiene una persona de devolver lo sustraído, asemeja a los atenuantes de los que puede ser beneficiado el procesado en virtud del delito cometido, por tanto, el daño a la administración pública se realiza a través de la apropiación que comete la persona, tomando en cuenta que la conducta se configurará una vez que se demuestre que no existió ánimo de devolver la cosa, así lo señala Cancino (2011) en su obra titulada "Delitos contra la administración pública. In Leccionaes de Derecho Penal Parte Especial (2da. ed)" indica:

> Para que el resultado se produzca es imprescindible que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aún sin el enriquecimiento del delincuente, ya que, por un lado, basta la posibilidad de disponer, por parte del sindicato, de los bienes apropiados, sin que se exija el goce o disfrute, que puede no llegar a ocurrir, y por el otro, las normas sobre peculado tienen como finalidad la protección de la administración pública o asimilada a pública, es decir, del interés del Estado relativo a la organización, al regular funcionamiento y al decoro de los órganos públicos, y no se descarta, desde luego, el que no se presente el daño patrimonial en particular. (p. 106)

Por tanto, esta conducta en el Ecuador es entendida tomando en cuenta el verbo rector "abusar", al respecto Albán (s.f) manifiesta: "Nuestro Código utiliza el verbo "abusar" para describir la conducta típica de este delito […] se puede concluir que esta palabra padece de ambigüedad, pues su sentido propio es usar indebidamente una cosa, no darle el uso al que está destinada*"* (p. 44), por eso creemos que los tratadistas han considerado dividir al peculado en distintos tipos.

Con relación al peculado por uso indebido, menciona Freire (2018), refiriéndose a este tipo que "es uno de los más cometidos por los servidores públicos, y muchas de las veces no es sancionado porque se lo considera una conducta normal o se piensa que no existe perjuicio*"*

(p. 21), el uso indebido de un bien se entiende que no contiene el distintivo del peculado por apropiación, el del ánimo de no devolver lo sustraído, es decir, el peculado por uso indebido es darle un uso distinto al destinado por parte del administrador, Cancino (2011) menciona que este delito

> […] consiste en la utilización del bien sin derecho que lo autorice a ello. Quien usa indebidamente se puede decir que porta, en principio, como señor y dueño, pero tiene la intención, el propósito claro de devolver o reintegrar el bien indebidamente utilizado. (p. 115)

Anteriormente hablamos respecto de darle un uso diferente a los bienes o capitales que un funcionario público administre, sin que éste mantenga el ánimo de sustraerlo con el fin de no devolverlo, lo cual podría acarrear a una sanción administrativa o a una remoción de cargo por abusar de las facultades conferidas.

Pongamos un ejemplo para tomar el tema de lo que Freire señaló y se ha citado en el primer acápite de este punto respecto a que muchas de las veces no es sancionado: Un chofer del ministerio de gobierno tiene la obligación de transportar a los funcionarios que trabajan en esa cartera de Estado aparte de las demás diligencias que sus superiores le asignen, el peculado por uso indebido se produciría o se configuraría cuando el chofer use para beneficio propio o de un tercero el bien que administra con base en sus funciones.

Si el uso indebido es leve-medio con relación a las actividades que el desempeña, y es evidenciado por parte del ministerio de gobierno será llamado la atención por parte del departamento correspondiente y podría ser producto de una posible remoción mediante sumario administrativo. Ahora, si el uso indebido es considerable y el vehículo que administraba fue sustraído, la administración de justicia se encargará de procesar penalmente al funcionario con cargos de peculado. Con esto se demuestra la subjetividad que el peculado por uso indebido contiene al respecto de su sanción, la cual puede ser en muchos de los casos una sanción administrativa, y en el peor de los casos una sanción de carácter penal.

En virtud de lo manifestado, desde un primer punto de análisis, podemos decir que los distintos tipos de peculado tienen un mismo fin, que es cuidar los bienes o capitales que son

parte de la administración pública por parte de los funcionarios que los administran, toda la clasificación tiene el ánimo de no devolver lo sustraído lo cual configura el delito, sin embargo, el peculado por uso indebido como se ha explicado, no tiene el ánimo de no devolver la cosa materia del delito, sino que le da un uso diferente al originario y la devuelve.

En el proceso penal, la Fiscalía quien actúa como acusadora del delito utiliza la clasificación o los distintos tipos de peculado señalados por los tratadistas en virtud de que el caso concreto no siempre va a tener semejanza alguna, tomando en cuenta como ya se mencionó, que la calidad del funcionario o la persona conjuntamente con el contexto en el cual se comete el delito ya sea público o privado, puede ser susceptible de una reformulación de cargos.

Es decir, si el peculado se cometió dentro de una institución regulada por la SEPS, la tesis manejada por Fiscalía no correspondería a un peculado propio, ya que la naturaleza de esta clasificación se entiende a un funcionario público que sustrajo o abusó de bienes públicos. Es por eso que los tratadistas han visto la necesidad de clasificar el peculado con el fin de proteger la administración pública de aquellos a quienes el Estado confió su administración y, para beneficio propio o de terceros se perpetre el delito.

Galvis (2020) que realiza el estudio "Requisito de procedibilidad", indica que esta figura jurídica no es más que cumplir con las exigencias previas que el legislador estableció para ejercer el derecho de acción ante la administración de justicia", en concordancia con lo que menciona Mendes de Carvalho (2005) en su investigación llamada" Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática. Una crítica al sistema integral del Derecho Penal" establece que los requisitos de procedibilidad "condicionan únicamente el inicio del procedimiento […] son elementos que se hallan al margen de ese acontecer fáctico y condicionan únicamente la persecución penal de datos relaciones exclusivamente con la esfera procesal y basados en una modificación posterior de las circunstancias" (p. 3-9)

De lo citado, se determina que la procedibilidad no es más que un tipo de filtro que analiza la pertinencia o no para que se ejerza la acción judicial, en el caso ecuatoriano, el informe de contraloría actúa como un filtro en el cual se evidencian los indicios que podrían recaer

en la responsabilidad penal de una persona para que posteriormente Fiscalía inicie su investigación, por tanto, el requisito de procedibilidad no afecta a la pena ni al procesado, Freire (2018) manifiesta:

> Por lo tanto, queda en claro que la figura del requisito de procedibilidad no afecta al delito en sí, sino sólo afecta la persecución del mismo, ya que es indispensable para el inicio del proceso que dará lugar al juzgamiento del supuesto delito cometido. Sin importar si la persona procesada al final del juicio sea declarada culpable o inocente, si no se cuenta con dicho requisito de procedibilidad le es imposible a Fiscalía iniciar el proceso de investigación. (p. 33)

Respecto a lo citado, el tema del requisito de procedibilidad es meramente procesal y no afecta a la sanción, por ende, en virtud de lo que señala la parte final de lo manifestado por Freire referente a la imposibilidad de que Fiscalía inicie el proceso de investigación, lo cual retardaría su facultad investigadora o peor aún, cuando la etapa preprocesal haya iniciado, los indicios que pudieron haberse recabado en un principio pudieron perderse o deteriorarse, Mendes de Carvalho (2005) menciona sobre la procedibilidad que "El incumplimiento de dicha exigencia no afecta la punibilidad del hecho. El incumplimiento de dicha exigencia no afecta la punibilidad del delito: solo la persecución penal del delito" (p. 10), por lo que, en el caso concreto, al no existir un informe con indicios de responsabilidad penal, Fiscalía no podía ejercer su facultad investigadora y acusadora en contra de una persona, pero el daño a la administración pública quedaría impune, al respecto Albán (s.f) señala:

> En definitiva, la cuestión que se ha venido debatiendo es la siguiente: ¿es indispensable o no, para iniciar el proceso penal, la determinación por la Contraloría de los indicios de responsabilidad penal de los que habla la Constitución? Ha sido evidente que en muchos casos, casi en la totalidad, el antecedente del proceso penal por peculado fue el informe de la auditoría practicada por este organismo, en la cual se establecía la existencia de los presupuestos del delito, aunque luego la presunción pueda desvanecerse en el proceso. (p. 46)

La respuesta a la pregunta que hace el autor, podemos señalar que es negativa, en virtud de que existen otros medios por los cuales la Fiscalía puede llegar a tener conocimiento del

cometimiento del delito de peculado, la misma puede ser por denuncia u oficio. Ahora bien, la Corte Nacional de Justicia emitió la Resolución de 24 de febrero de 2010 (Resolución 24-02-2010, 2010), misma que dispuso que se "requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad" (p. 2), para esto señala Albán (s.f),

> Sin embargo, no parece imposible que, en ciertos casos, la fiscalía inicie la investigación por denuncias o informaciones obtenidas directamente por ella; pero aun en tales casos sería necesario contar con la opinión de la Contraloría. No se trataría, en rigor, de un factor indispensable para iniciar la indagación preprocesal y aun la instrucción, pero sí para asegurar sus resultados. (p. 46-47)

Se ha mencionado que el informe de Contraloría con indicios de responsabilidad penal es sumamente indispensable en el proceso acusatorio en contra de una persona que ha cometido peculado, en virtud de que las facultades que la Constitución de la República en su artículo 212 confiere a la Contraloría General del Estado, relacionadas con el peculado son:

1. Dirigir el sistema de control administrativo que se compone de auditoría interna, auditoría externa y del control interno de las entidades del sector público y de las entidades privadas que dispongan de recursos públicos.
2. Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos sujetos a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Por ello, la responsabilidad de auditar las atribuciones y acciones que cumple un funcionario público le corresponde a la Contraloría, y el resultado de esa auditoría que recae en el informe con indicios de responsabilidad penal aporta de manera amplia en la acusación que maneja Fiscalía en contra del procesado, ya que al órgano acusador le corresponde demostrar la tipicidad, antijuricidad y culpabilidad de la persona procesada por peculado, mas no, el desarrollo de sus actividades dentro de la institución que desempeña sus funciones y atribuciones.

Con esto se evidencia la gran importancia que tiene el informe de Contraloría y la utilidad que tendrá dentro del proceso, el problema radicó en la etapa procesal en la que se ubica a este informe y la calidad en la que se lo considera, es decir, en virtud de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia, el informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado actuaba en calidad de requisito de procedibilidad para que la Fiscalía inicie un proceso por peculado en contra de una persona con base en lo investigado por el órgano de control, y como prueba que lleve al juez al convencimiento de la conducta cometida por el procesado.

Albán (s.f) realiza una interrogante: "¿podría ser llamado a juicio un acusado de peculado sin el informe de la Contraloría que establezca, tanto el perjuicio sufrido por la institución pública como los indicios de responsabilidad del acusado?" (p. 47), como se citó el ejemplo en el punto del peculado bancario, según el autor, el caso tuvo vicios de procedibilidad, en virtud de que la sala de lo penal dictó sentencia en contra de la cajera de la cooperativa de ahorro y crédito sin haber tenido el requisito de procedibilidad compuesto del informe de la Contraloría que determina indicios de responsabilidad penal, sin embargo la Resolución de la Corte Nacional de Justicia de 10 de noviembre de 2010, publicada en el Registro Oficial 336, de 08 de diciembre de 2010 había resuelto:

> Dispónese que para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado, para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional, sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley, cuando conozca, de cualquier manera, de la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza. (Corte Nacional de Justicia, 2010, p. 2)

Es decir, en el caso citado la parte acusatoria representada por la Fiscalía actuó dentro del marco legal en el contexto procesal, en virtud de que acusó a la procesada sin requerir el informe de contraloría como requisito de procedibilidad, con base en la Resolución citada en el párrafo anterior, por tanto, para los casos de peculado bancario no existe la necesidad de solicitar a la Contraloría o que ésta mismo emita el examen que se deriva en un informe con indicios de responsabilidad penal.

Ahora bien, anteriormente se mencionó que Fiscalía puede tener conocimiento del presunto cometimiento de peculado por otros medios que no sea una denuncia, sino por información recabada por ella, pero al haber sido necesario el informe ésta no podía iniciar con su investigación, sin embargo, como menciona Albán (s.f),

> […] la Corte Nacional de Justicia, mediante resolución obligatoria (Registro Oficial 154, 19-III-2010), ha determinado que, si bien, para iniciar la indagación previa en un caso de peculado, la fiscalía no requiere de informe previo de la Contraloría, apenas conozca el caso debe solicitar dicho informe. Sin embargo, la resolución de la Corte no califica esta exigencia como un requisito prejudicial. (p. 46- 47)

Se ha mencionado un problema importante respecto a la tardía investigación que puede ocasionar en las facultades de la Fiscalía tomando a consideración que la Resolución a la que hace referencia Albán Gómez en el párrafo anterior, no señala un término o plazo para que la Contraloría emita el informe con indicios de responsabilidad penal, una vez que Fiscalía de aviso al organismo de control acerca de una presunta irregularidad dentro de una institución pública que puede recaer en el cometimiento de un delito de peculado El artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado señala:

> La facultad que corresponde a la Contraloría General del Estado para pronunciarse sobre las actividades de las instituciones del Estado, y personas sujetas a esta Ley, así como para determinar responsabilidades, caso de haberlas, caducará en siete años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades. (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002)

Es decir, una vez que ha caducado la facultad de la Contraloría para la emisión del informe con indicios de responsabilidad penal, la parte acusatoria no pudo haber iniciado un proceso penal en contra de una persona que cometió peculado, por la tardía actuación del organismo de control, más adelante se establecerá un ejemplo práctico de un caso hipotético que pudo ser susceptible de nulidad procesal y colabore con la prescripción de la pena y de la acción fiscal, encontrándonos con que el artículo citado anteriormente violentó la norma constitucional respecto a la imprescriptibilidad de la acción y de la pena en el delito de peculado.

Es entonces que en el supuesto caso que la acción de elaboración de examen de Contraloría caducó, amparado en la norma no se podría iniciar una investigación por este delito siendo que, al ser el informe un requisito de procedibilidad, y por tener esa calidad, una vez que ha operado la caducidad el organismo de control haya perdido la facultad legal de emitir su examen, por ende la Fiscalía no tendría la atribución investigativa en virtud de que existe la posibilidad de que se presenten vicios de procedibilidad.

Ojo, la intención no es manifestar que en muchos casos operó la caducidad de la facultad de la Contraloría, sin embargo, encontrándonos en el contexto del 2015 a 2018 en el Ecuador, en el cual el organismo de control era representado por un funcionario que fue sentenciado por el delito de concusión al estar incluido en casos de corrupción, no podemos tener la certidumbre total de que su administración auditó las actividades de los funcionarios públicos que pudieron cometer posiblemente un delito de peculado.

La normativa penal procesal en el Ecuador estableció que para iniciar un proceso en contra de una persona por el presunto cometimiento del delito de peculado, era necesario contar con el requisito de procedibilidad, mismos que se encontraban tipificados en el COIP, asimismo la Corte Nacional de Justicia ha emitido varias resoluciones sobre el requisito de procedibilidad en el delito de peculado, tenemos por ejemplo la Resolución que determinó que para la persecución de un proceso penal en contra de una persona que ha cometido peculado bancario, no es necesario como requisito de procedibilidad el informe con indicios de responsabilidad penal realizado por la Contraloría, por ello, se ha visto necesario citar la siguiente jurisprudencia:

Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia respecto al informe previo de Contraloría en los procesos penales por peculado y enriquecimiento ilícito

Mediante oficio N° 24237 de 28 de diciembre de 2009 suscrito por Eduardo Muñoz Vega en calidad de Contralor General del Estado (e), nuevamente consulta a la Corte lo manifestado por el Contralor General del Estado Carlos Pólit Faggioni, que señaló:

> […] si es requisito de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, la declaratoria de la Contraloría General del Estado en cuanto a la existencia de indicios de responsabilidad penal por faltante en los fondos públicos, contra el funcionario a cargo de éstos.

Los considerandos de la Resolución de 24 de febrero de 2010 emitida por la Corte Nacional de Justicia señalan lo siguiente:

> Que el artículo 212, numeral 2 de la Constitución de la República, establece que serán funciones de la Contraloría General del Estado: "*Determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetas a su control, sin perjuicio de las funciones que en esta materia sean propias de la Fiscalía General del Estado*"
>
> Que el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado prescribe: *"A base de los resultados de la auditoría gubernamental, contenidas en actas o informes, la Contraloría General del Estado, tendrá potestad exclusiva para determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicios de responsabilidad penal"*, normativa que relacionada con los artículos 65, 66 y 67 de la misma Ley, dispone que el Contralor o sus Delegados, luego de aprobar el informe *".....lo remitirán al Ministerio Público (hoy Fiscalía General del Estado), con la evidencia acumulada, el cual ejercitará la acción penal correspondiente de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Penal...."*;
>
> Que, de las normas constitucionales y legales antes mencionadas, se establece con absoluta claridad que, en relación a los resultados de la auditoría gubernamental, la Contraloría General del Estado, tiene *potestad exclusiva*, para entre otras determinar indicios de responsabilidad penal, en base de las cuales, a la Fiscalía General del Estado le corresponde ejercer la acción penal correspondiente;
>
> Que la sustanciación de los procesos de peculado y enriquecimiento ilícito sin que previamente se hayan incorporado los informes con indicios de responsabilidad penal, emitidos por la Contraloría General del Estado, ha contribuido a la inseguridad jurídica, así

> como a la impunidad de los procesados por estos delitos; (Resolución 24-02-2010, 2010, p. 1-2)

En virtud de aquello la Corte resolvió:

> **Art. 1.-** Para el ejercicio de la acción penal pública, esto es, para el inicio de la instrucción fiscal, por los hechos a los que se refiere el artículo 257 del Código Penal, los artículos innumerados agregados a continuación de éste, y los artículos innumerados agregados a continuación del artículo 296 del mismo Código, Capítulo "Del Enriquecimiento Ilícito" incorporado por el artículo 2 de la Ley N° 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial N° 260 de 29 de agosto de 1985, se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal. (Resolución 24-02-2010, 2010, p. 2)

El fin de la presente Resolución era darle a la Contraloría una claridad respecto a la consulta realizada por quien presidía dicha institución, señalando que para la persecución penal por un delito de peculado era necesario contar con el informe que determine indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría en calidad de requisito de procedibilidad, mediante el cual la Fiscalía podría iniciar la instrucción fiscal, sin embargo, en el caso hipotético de que el órgano investigativo no cuente con este elemento en la etapa preprocesal, el juicio que pudo llevarse tendría vicios de procedibilidad, lo que pudo acarrear a una posible nulidad del proceso.

Por otro lado, Freire (2018) mencionó respecto a la presente Resolución:

> […] la Corte Nacional de Justicia en la referida Resolución, nada dice sobre las funciones de control encargadas a la Superintendencia de Bancos y Seguros y a la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, generándose una libre interpretación de la Resolución por parte de los operadores de justicia. Entendiéndose que para los casos de peculado cometidos en entidades que están bajo la supervisión de las Superintendencias de Bancos y Seguros; y, la Superintendencia de Economía Popular y Solidarias deben de emitir un informe con indicios de responsabilidad penal. (p. 46)

El artículo 6 del Código Orgánico Monetario y Financiero señala que: "Integran los sistemas monetario y financiero nacional […] las entidades públicas, privadas y populares y solidarias que ejercen actividades monetarias y financieras" (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014), en concordancia con el artículo 273 del mismo cuerpo normativo, mismo que en su parte pertinente dispone:

> En cualquier momento, cuando los organismos de control del Sistema Financiero Nacional, en el ejercicio de sus funciones de control, tengan conocimiento de la perpetración de un delito relacionado con las actividades financieras, incluido el lavado de activos y financiamiento de delitos como el terrorismo, estarán obligados a denunciar de estos hechos a la Fiscalía General del Estado, y en este último caso se notificará además a la Unidad de Análisis Financiero, para los fines consiguientes. (Código Orgánico Monetario y Financiero, 2014)

Freire (2018) señaló la falta de manifestación de la Corte respecto a la facultad de emitir informes con indicios de responsabilidad penal que tiene la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, y la Superintendencia de Bancos, tal como se citó en el acápite anterior, por aquella falta de ampliación de la facultad de las instituciones que se encuentran bajo la regulación normativa del Código Orgánico Monetario y Financiero.

Resolución de 10 de noviembre de 2010 emitida por la Corte Nacional de Justicia refiriéndose al informe con indicios de responsabilidad penal de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, al igual que de la Superintendencia de Bancos y Seguros

El pleno de la Corte Nacional de Justicia con el fin de aclarar y ampliar la Resolución citada *ut supra,* emitió la Resolución de 10 de noviembre de 2010, misma que consideró:

> Que de conformidad a lo que establece el artículo 213 de la Constitución de la República, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten

> al ordenamiento jurídico y al interés general; y, en lo que corresponde a la Superintendencia de Bancos y Seguros, según lo establece el artículo 171 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, ésta tiene a su cargo la vigilancia y el control de las instituciones del sistema financiero público y privado, así como de las compañías de seguros y reaseguros, determinados en la Constitución y la ley;
>
> Que de conformidad a lo que dispone el artículo 93 de la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero, cuando el Superintendente de Bancos y Seguros tenga conocimiento de indicios de la perpetración de un delito relacionado con las actividades de las instituciones del sistema financiero, estará obligado a llevarlos a conocimiento del Fiscal General del Estado, a fin de que proceda a ejercer inmediatamente las acciones legales correspondientes, en el término de cinco días;
>
> Que la Corte Nacional de Justicia, mediante Resolución de 24 de febrero de 2010, publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010, dispuso que para el inicio de la instrucción fiscal, en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito era necesario contar con el informe de la Contraloría General del Estado, en el que se establezca indicios de responsabilidad penal;
>
> Que la referida Resolución, ha dado lugar a que la Fiscalía General del Estado disponga que la Contraloría General del Estado presente informe previo el inicio de la instrucción fiscal, en los casos relacionados con las actividades de las instituciones del sistema financiero, cuya facultad es exclusiva de la Superintendencia de Bancos y Seguros. (Resolución 10-11-2010, 2010, p. 1-2)

Es necesario tomar en cuenta lo que dispone el artículo 213 de la Constitución de la República que señala:

> Las superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoria, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general. Las superintendencias actuarán de oficio o por requerimiento ciudadano. (Constitución de la República del Ecuador, 2008)

En virtud de lo señalado, la Corte resolvió:

> Para el ejercicio de las facultades que según la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero le compete a la Superintendencia de Bancos y Seguros, la Fiscalía General del Estado, para el inicio de la acción penal por los delitos financieros, no requerirá ningún informe adicional, sin perjuicio de ejercer las demás atribuciones que le confiere la ley, cuando conozca, de cualquier manera, de la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza. (Resolución 10-11-2010, 2010, p. 2)

En principio, la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia resolvió que para que la Fiscalía pueda iniciar un proceso penal por el delito de peculado, debía contar como requisito de procedibilidad al informe de la Contraloría que determine indicios de responsabilidad penal de una persona, por lo cual, no se tomó en consideración las facultades de la Superintendencia de Bancos y Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, en virtud de que una de sus facultades como ya se citó anteriormente es que una vez que sus funcionarios tengan conocimiento del cometimiento de un delito, mediante un informe confidencial denunciarán a la Fiscalía General del Estado para que con base en sus competencias investigue.

Posteriormente con el fin de aclarar y ampliar lo resuelto con inobservancia de las competencias de las superintendencias, la Resolución de 10 de noviembre de 2010 señaló que para iniciar una investigación penal por delitos financieros no requiere del informe de la Contraloría como requisito de procedibilidad, al respecto Freire (2018) manifiesta:

> Sin embargo, en la Resolución de la Corte Nacional de Justicia se incluyó la frase "no requerirá ningún informe adicional" lo cual de igual manera que la anterior Resolución, deja abierto el camino para que los operadores de justicia interpreten libremente esta Resolución. Con esta frase se entendería que, al no requerir un informe adicional, se debía de contar con un informe previo, es decir, que debía de haber un único informe y que sin más dilaciones iniciar la Instrucción Fiscal. Esto dio paso a que muchos jueces continúen solicitando el informe con indicios de responsabilidad penal como presupuesto de procedibilidad en el caso de peculado. (p. 48)

Evidentemente la Corte no fue clara en ninguna de la dos Resoluciones respecto al informe como requisito de procedibilidad en los casos de peculado impropio, es decir, aquellos que se cometen en el contexto de las instituciones financieras que se encuentran bajo la regulación de la Superintendencia de Bancos y de la SEPS, por lo cual tanto los operadores de justicia como los abogados patrocinadores de los procesados podían alegar a su conveniencia la necesidad o no del informe de la Contraloría con el fin de que se cumplan o no los requisitos procesales antes de iniciar una investigación por peculado.

Tal como se mencionó, el vacío que dejó la Corte en la emisión de las Resoluciones citada *ut supra,* daba paso a estrategias jurídicas que podían ser aplicadas en el proceso penal por el delito de peculado en favor de sus defendidos, sin embargo anteriormente se manifestó las competencias y facultades que el Código Orgánico Monetario y Financiero otorga a la SEPS y a la Superintendencia de Bancos, dejando clara la posición y la manera de proceder de estas instituciones en el caso de que sus funcionarios lleguen a tener conocimiento del cometimiento de un delito de peculado, es decir mediante la emisión del informe correspondiente que contenga los indicios de responsabilidad penal de una persona que ha cometido peculado y su posterior notificación a la Fiscalía General del Estado. Cabe recalcar que, bajo la legislación ecuatoriana, la Contraloría no es la única entidad de control que tiene la facultad de emitir informes con indicios de responsabilidad penal, en este contexto se encuentran las superintendencias, respecto a esto señala Abello (2017) en su investigación científica llamada "El peculado por comisión por omisión en Colombia" señala que:

> […] existiría un cuarto escenario que sería el de los organismos autónomos de control, como es el caso de la Procuraduría y la Contraloría, o de los órganos de control específicos en cada sector, como es el caso de las superintendencias, en donde, con ocasión o cumplimiento de sus funciones, evidencian un acto anómalo. (p. 159)

Ahora bien, anteriormente el artículo 581 del COIP señalaba las competencias que el organismo de control tenía con relación a las facultades de las superintendencias, por tanto, la Contraloría se encontraba regulando instituciones y manejando facultades que no se encontraban en el marco de sus competencias, por tanto, no existía todavía unanimidad en los criterios respecto al informe de la Contraloría y de las superintendencias.

Resolución 08-2015 emitida por la Corte Nacional de Justicia, respecto al peculado y delitos contra el sistema financiero no requerirá de ningún informe previo o adicional de aquellos organismos de control como presupuesto de procedibilidad.

La Corte Nacional de Justicia anterior a la presente resolución se manifestó acerca de las competencias de la Contraloría General del Estado y de la Superintendencia de Bancos y Seguros respecto al informe de indicios de responsabilidad penal, pero a criterio nuestro no dividió las competencias de estos dos organismos en virtud de que el organismo máximo de control estaba facultado por la norma penal a desarrollar las competencias que le correspondía a la Superintendencia, en tal virtud, la Corte Nacional de Justicia consideró:

> De conformidad con lo que establece el artículo 213 de la Constitución de la República, las Superintendencias son organismos técnicos de vigilancia, auditoría, intervención y control de las actividades económicas, sociales y ambientales, y de los servicios que prestan las entidades públicas y privadas, con el propósito de que estas actividades y servicios se sujeten al ordenamiento jurídico y al interés general;
>
> En lo que corresponde a la Superintendencia de Bancos, según lo establecen los artículos 60 y 62 del Código Orgánico Monetario y Financiero, efectuará la vigilancia, auditoría, intervención, control y supervisión de las actividades financieras que ejercen las entidades públicas y privadas del Sistema Financiero Nacional, con el propósito de que estas actividades se sujeten al ordenamiento jurídico y atiendan al interés general, y que de conformidad con los artículos 72 y 387 del cuerpo de leyes citado, cuando el organismo de control determine indicios de responsabilidad penal, tiene la obligación de denunciarlos ante la Fiscalía General del Estado.
>
> El artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, dispone que, para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad, que exista un informe de indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado;
>
> La referida disposición jurídica, ha dado lugar a que los administradores de justicia, en los delitos financieros, relacionados con las actividades de control exclusivo de las instituciones

> del Sistema Financiero Nacional y del Sistema Financiero Popular y Solidario, cuya facultad es exclusiva de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, soliciten informes de aquellas Superintendencias como presupuesto de procedibilidad para el ejercicio de la acción penal, lo que ha generado impunidad de los procesados y atenta contra el principio de legalidad, componente del debido proceso, a más que transgrede la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica.
>
> Al no ser competencia de la Contraloría General del Estado emitir informes en los casos de delitos relacionados con el control exclusivo de las Superintendencias de Bancos y de Economía Popular y Solidaria, el presupuesto del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, no es procedente para esos casos, por ello no puede existir condicionante alguno para el inicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General del Estado, quien la promoverá conforme a sus obligaciones emanadas de la Constitución y la ley. (Resolución No. 08-2015, 2015, p. 1-2)

Y en su parte resolutiva la Corte Nacional de Justicia dispuso:

> En los delitos de peculado a los que se refieren el inciso cuarto del artículo 278 del COIP y en los delitos contra el sistema financiero, que de conformidad con el Código Orgánico Monetario y Financiero y la Ley Orgánica de Economía Popular y Solidaria, están relacionados con el control exclusivo de la Superintendencia de Bancos y de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, para el ejercicio de la acción penal, la Fiscalía General del Estado no requerirá de ningún informe previo o adicional de aquellos organismos de control como presupuesto de procedibilidad. Para estos casos, la Fiscalía General del Estado ejercerá las facultades que le confieren la Constitución de la República y la ley, cuando conozca, de cualquier manera, sobre la perpetración de alguna infracción de esta naturaleza. (Resolución No. 08-2015, 2015, p. 2)

Una vez que se emitió la Resolución citada *ut supra* la Corte Nacional de Justicia dejó en claro las competencias y facultades de estos organismos de control, dividiendo el ámbito de aplicación de sus atribuciones otorgadas por la ley, por lo cual según lo dispuesto por el artículo 581 del COIP, la Contraloría tiene la facultad de realizar informes con indicios de

responsabilidad penal incluso a las instituciones que no se encuentren bajo el marco de su regulación.

Por consiguiente, esto dio paso a que el artículo 581 del COIP sea reformado en su último inciso, añadiendo "cuando el objeto de la infracción sea recursos públicos" (Código Orgánico Integral Penal, 2014), por lo cual se dejó en claro cuáles son las instituciones que se encuentran reguladas por la Contraloría General del Estado, y cuáles se encuentran bajo el marco regulatorio de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y de la Superintendencia de Bancos, y, para éstas dos últimas se aclaró que no existe necesidad del informe con indicios de responsabilidad penal en calidad de requisito de procedibilidad.

ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES EMITIDAS POR LA CORTE NACIONAL DE JUSITICIA

Una vez que se ha señalado lo que resolvió la Corte Nacional de Justicia, quedó la problemática dentro del campo jurídico respecto a la necesidad de la Fiscalía General del Estado en la necesidad de requerir el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, en virtud de que quien inicia un proceso penal es el órgano investigativo, y con la necesidad de este requisito de procedibilidad la Contraloría sería quien dé paso a que se inicie un proceso.

Respecto a las atribuciones de la Fiscalía y de la Contraloría, la necesidad del informe con indicios de responsabilidad penal emitido por el organismo de control daba paso al inicio de un proceso; el artículo 444 inciso 3 del COIP establece que la Fiscalía tiene la competencia de "formular cargos, impulsar y sustentar la acusación de haber mérito o abstenerse del ejercicio público de la acción" (Código Orgánico Integral Penal, 2014), por tanto, en este delito quien iniciaba un proceso era la Contraloría en virtud de que el informe se encontraba en calidad preprocesal dando paso al inicio del mismo.

Por ello, cabría la posibilidad de prescripción de la acción y de la pena en el delito de peculado, con referencia de lo que anteriormente se mencionó respecto a la característica de

imprescriptible a la acción y a la pena de este tipo penal, en virtud de que el legislador buscó sancionar mediante técnicas legislativas a quienes se encontraban en calidad de prófugos mientras dure la pena para que una vez prescriba la misma, se solicite la prescripción de la acción y el delito quede impune. Señala Aguirre (2017) que como antecedentes en el Ecuador tenemos los casos que en su momento fueron mediáticos, refiriéndose a la administración del expresidente Abdalá Bucarám, gobierno que duró 6 meses y posteriormente fue derrocado y se mantuvo en el exilio hasta que su pena por el delito de peculado prescriba, por lo cual los asambleístas constituyentes decidieron incluir la figura jurídica de imprescriptibilidad a la acción y a la pena en delito de peculado.

El congreso con la reforma mencionada, incluyó en el artículo 73 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado: "Las obligaciones civiles originadas como consecuencia de la comisión de delitos de peculado […] serán imprescriptibles" (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2002), esto dentro del ámbito de las obligaciones de carácter civil, sin embargo como se mencionó anteriormente, las competencias y facultades de emisión de informes con indicios de responsabilidad penal caduca en el plazo de siete años, por lo cual una vez que ese plazo haya concluido, la investigación estaría imposibilitada de poder ejercerse por parte de la Fiscalía, Zambrano (2007) en su investigación denominada "El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición Vol. Práctica Penal Tomo VII" menciona al respeto:

> La doctrina ha considerado la existencia de dos tipos de prescripción; por un lado, de la acción penal, la cual señala que la ley posee un tiempo de vigencia, vencido el cual opera la prescripción o renuncia obligatoria del Estado al perseguir al acusado en uso de su poder punitivo, generándose una garantía, de orden constitucional en nuestra legislación, de obligatorio cumplimiento. Y por otro lado, la prescripción de la pena la cual no es más que la extinción de la posibilidad de que el sentenciado de un delito cumpla con la pena impuesta por el tribunal, por el transcurso del tiempo. (p. 377).

Por otro lado, la prescripción en la normativa penal es aplicada a ciertos delitos que son mayormente de carácter económico, adicional a la consulta popular y referéndum de 4 de febrero de 2018, mediante el cual se aprobó la imprescriptibilidad de la acción y las penas

de los delitos sexuales cometidos en contra de niños, niñas y adolescentes. A nuestro criterio esta última decisión del pueblo ecuatoriano es acertada en virtud de que al ser un delito gravísimo que atenta en contra de la integridad sexual de una persona, siendo en este caso en contra de menores, la calidad de prescripción debió ser abolida hace mucho tiempo atrás, sin embargo existen otros delitos que tienen una gran incidencia y que generan una gran conmoción social como los son el terrorismo o delitos que atentan al derecho internacional humanitario, los cuales por su incidencia y su perjuicio al bien jurídico protegido deberían tener la calidad de imprescriptibles.

Ahora, no queremos con esto manifestar que el peculado tenga la calidad de prescriptible en virtud de que la afectación a la administración pública acarrea también a la población civil que con sus contribuciones dan paso a la creación y mantenimiento de las instituciones dentro de las cuales puede cometerse este delito, lo que queremos señalar es que en el Ecuador, así como en el derecho internacional específicamente con el Estatuto de Roma (1998) que en su parte pertinente señala: "no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la Justicia*"* (p.3), concluyendo que el Ecuador debe establecer la figura jurídica de imprescriptibilidad a los delitos que tengan mayor conmoción social y que puedan figurar un mayor daño a la sociedad. Adicionalmente Albán (s.f) nos menciona que:

> Todavía es más polémica la otra regla excepcional que se incluye en la misma norma constitucional, los procesos para el juzgamiento de estos mismos delitos podrán iniciarse y continuar en ausencia de los acusados. Esta posibilidad, que indudablemente linda peligrosamente con la vulneración del derecho a la defensa y que es única en el Derecho Procesal Penal ecuatoriano, reitera la gran preocupación social que la repetida comisión de estos delitos ha causado, con la comprobación adicional de que en muchos casos, los más graves, han quedado en la impunidad. (p. 47)

Refiriéndonos a la posible prescripción del delito de peculado con relación a la caducidad de la emisión del informe de la Contraloría correspondiente a 7 años, deja abierta la posibilidad de que la persona que cometió este delito dentro de las instituciones que se

encuentran bajo el marco regulatorio del máximo organismo de control, no pueda ser procesada ya que el informe al tener la calidad de requisito de procedibilidad con el cual puede iniciarse un proceso, haría que el acto quede en la impunidad, adicionalmente como se ha mencionado en el transcurso de este trabajo, este requisito se encontraba incluso violentando lo dispuesto por la Constitución de la República respecto a la imprescriptibilidad de la pena y de la acción en este delito.

De igual manera, se mencionó la posibilidad de que el funcionario que dirige la Contraloría puede ser quien colabore con la prescripción del delito de peculado, con esta idea concuerda Freire (2018) mencionado que:

> […] pero puede ser que el Contralor General del Estado, con el fin de coadyuvar al cometimiento de los ilícitos contra la buena administración del Estado no emita los informes con indicios de responsabilidad penal, por lo que podría permitir que el tiempo para que la Contraloría General del Estado emita los informes con indicios de responsabilidad penal prescriba, dando cabida a la impunidad. (p. 56)

En otras palabras, las Resoluciones de la Corte Nacional de Justicia citadas anteriormente, conjuntamente con lo dispuesto en el COIP, contravenían a la figura jurídica de imprescriptibilidad de la acción y la pena por delito de peculado, en virtud de que el informe con indicios de responsabilidad penal de competencia exclusiva de la Contraloría General del Estado tiene un término de caducidad de 7 años, por lo cual, una vez que el término haya prescrito, la Fiscalía General del Estado se encontraba imposibilitada de perseguir el cometimiento del delito. Generando una estrategia jurídica por parte de los abogados, los cuales podían solicitar la prescripción de la acción y la nulidad cuando se inicie el proceso penal sin el requisito de procedibilidad, tal como sucedió en el caso citado en el punto de peculado bancario. Respecto a este criterio Olivo (2016) en su trabajo "Impunidad y disuasión criminal del control anticorrupción en Ecuador: el caso de la Comisión Anticorrupción 1998-2008" menciona:

> Por una parte, los requisitos de procedibilidad restringen y neutralizan la competencia esencial de investigación de la Fiscalía General del Estado y los órganos auxiliares de la

> Administración de Justicia. Por otra, restringen las posibilidades de juzgamiento al pronunciamiento de un órgano general de control administrativo, que a partir de las nociones básicas de economía podemos afirmar tiene una capacidad institucional limitada de respuesta, que se condiciona al ejercicio de sus competencias generales y a la asignación de recursos para su administración; factores que en su conjunto generan como efecto la reducción de la probabilidad de juzgamiento y sanción, situación que produce el efecto del descuento del futuro, ya que genera que los agentes valoren más el beneficio presente y minimicen la valoración de la amenaza disuasoria de la pena. (p. 157)

En adición a lo anterior, la actuación de la Fiscalía al requerir el informe con indicios de responsabilidad penal se encontraba condicionada en su actuación investigativa a través de las distintas diligencias que el fiscal tenga como estrategia o camino para recabar indicios que posteriormente sean actuados como prueba en el proceso y lleve al convencimiento al juez sobre la conducta acusada, por ejemplo, si la conducta puede ser estudiada por parte de la Contraloría mediante documentos físicos que se encuentran en la secretaría general de una institución pública, sin contar con un respaldo digital, y la Contraloría empezó su examen 5 años posterior al cometimiento del ilícito, la Fiscalía no podría contar con el respaldo de la documentación en la cual se basó el organismo de control para su examen, ya que la misma pudo deteriorarse, perderse o destruirse por completo. Así lo menciona Colorado (2018) en su investigación titulada "El informe de la contraloría general del estado como presupuesto de procedibilidad en el delito de enriquecimiento ilícito y su importancia en el proceso penal" señalando que:

> […] para que exista el ejercicio de la acción penal, y como presupuestos de procedibilidad debe tener la existencia de un informe emitido por la Contraloría General del Estado, para así proceder a la instrucción fiscal por el delito de enriquecimiento ilícito, ya que, la carga de la prueba se encuentra en base al informe del Contralor General del Estado, en otras palabras la fiscalía no puede realizar la investigación procesal penal, sin la existencia del informe de presupuesto de procedibilidad, siendo la fiscalía la entidad encargada de afirmar o desestimar la comisión de un delito; además de poder probarlo, lo cual limitaría el ejercicio de la acción penal lo podría conllevar a la impunidad. (p. 19)

El requisito de procedibilidad para el peculado fue incluido en la normativa penal al ser un tipo de delito que se comete en una institución que se encuentra bajo la vigilancia permanente del organismo de control, el cual realiza auditorías y exámenes que determinan si existe o no un mal uso de los bienes públicos, y en el caso de que existan indicios que generen una responsabilidad sobre un servidor, se comunica sobre lo acontecido a Fiscalía indicando los indicios que según Contraloría tendrían responsabilidad penal.

Por ello, la Corte Nacional de Justicia a partir de estas Resoluciones generó duda acerca de las competencias y facultades que la Fiscalía General del Estado mantenía respecto a las de la Contraloría General del Estado, porque se argumentó que con el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por el organismo de control, se estaría arrogando funciones de formular cargos e iniciar un proceso penal, las cuales corresponden al fiscal.

El informe de la Contraloría General del Estado es una obligación de este organismo para que actúe como medio de notificación a la Fiscalía General del Estado para que conozca sobre las irregularidades que pueden llevar al presunto cometimiento de peculado dentro de las instituciones que la Contraloría se encuentra vigilando constantemente, de conformidad con sus atribuciones legales. Este informe llega a conocimiento de Fiscalía como la *notitia criminis* en el caso que éste no conocía acerca de la conducta cometida en una institución pública, por lo que, con lo señalado por la Corte Nacional de Justicia también actuó como requisito de procedibilidad en el proceso penal, sin el cual la Fiscalía no pudo formular cargos en contra de la persona sospechosa del cometimiento del ilícito.

De igual manera, el informe de la Contraloría en el proceso penal actúa como un indicio que deberá ser comprobado por el agente fiscal. Estos indicios en un primer momento llegarán a conocimiento del fiscal y lo determinará como una presunción, ya posteriormente con su respectivo análisis y de conformidad con las actuaciones procesales que la ley determina, se incluirá a este informe en el proceso como una prueba que será presentada al juzgador y que servirá como soporte para la acusación presentada por Fiscalía que llevará al juez al convencimiento del cometimiento del delito para la aplicación de la consecuencia jurídica que deriva una acción típica.

Evidentemente al aplicar como requisito de procedibilidad al informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado se limita a que la Fiscalía General del Estado cumpla con sus atribuciones legales de investigar el presunto cometimiento de un delito. Esto pudo generar un impacto en la sociedad, al determinarse que al encontrarse limitada la Fiscalía de iniciar un proceso penal para que se investigue el cometimiento de este delito, y que como es de conocimiento público este delito comúnmente se comete con la sustracción de cifras considerables, el informe elaborado por la Contraloría sea tardío y la Fiscalía no pueda iniciar todavía su investigación.

SENTENCIA No. 5-13-IN/19 y acumulados (informe previo de Contraloría) emitido por la Corte Constitucional.

Con anterioridad se manifestó que el requisito de procedibilidad atentaba en contra de lo señalado por la Constitución de la República respecto de la imprescriptibilidad de la acción y de la pena en el delito de peculado, por ello la Corte Constitucional emite la sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados que señala como antecedentes procesales:

> El 28 de febrero de 2013, Raúl Alberto Cabanilla Oramas presentó acción pública de inconstitucionalidad contra la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 **(caso 5-13-IN).**
>
> El 26 de junio de 2013, la Sala de Admisión de la Corte Constitucional admitió a trámite el caso.
>
> El 8 de agosto de 2013, la Corte Nacional de Justicia pidió que "*se rechace la acción de inconstitucionalidad planteada por el abogado Raúl Cabanilla Oramas"* (fs. 141 vta). El 9 de agosto de 2013, la Procuraduría General del Estado solicitó que la Corte Constitucional "*rechace la acción pública de inconstitucionalidad propuesta"* (fs. 135).

> […]
>
> El 14 de diciembre de 2016, la Asamblea Nacional solicitó que la Corte Constitucional se sirva "*desechar la demanda, declararla improcedente y ordenar su inmediato archivo"* (fs. 40). El 16 de diciembre de 2016, la Procuraduría General del Estado requirió a la Corte Constitucional que "*emita sentencia rechazando la Acción de Inconstitucionalidad propuesta, por improcedente y carente de sustento jurídico"* (fs. 60)
>
> […]
>
> El 12 de julio de 2018, la Presidencia de la República solicitó a la Corte Constitucional que se sirva "*desechar absolutamente y en todas sus partes la demanda de inconstitucionalidad propuesta"* (fs. 33). El 13 de julio de 2018, la Procuraduría General del Estado manifestó su solicitud de rechazo de la "demanda de inconstitucionalidad por carecer de fundamentación jurídica" (fs. 40). El 24 de julio de 2018, la Asamblea Nacional pidió a la Corte Constitucional que se sirva "*desechar la demanda, declararla improcedente y ordenar su inmediato archivo"* (fs. 49)
>
> […]
>
> El 14 de mayo de 2019, el juez Ramiro Ávila Santamaría avocó conocimiento del caso 5-13-IN y dispuso que la Secretaría General certifique si existen otros procesos con identidad de objeto y acción, así como también causas en la que se pueda entender que se configura unidad normativa, en los términos señalados por el artículo 76 (9) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC). (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 1-2)

La normativa en contra de la cual se presentó la acción de inconstitucionalidad son las siguientes:

Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia

Citada anteriormente, la presente resolución dispuso que: "se requiere el informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine indicios de responsabilidad penal"

(Resolución 24-02-2010, 2010), el accionante para señalar como inconstitucional la presente Resolución argumentó a la Corte Constitucional que

> La Constitución de la República con el artículo 233 declara **imprescriptible** a la acción para perseguir los delitos de peculado, enriquecimiento ilícito, concusión y cohecho, mientras que por otro lado, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, mediante su Resolución de fecha 24 de febrero de 2010 […] la hace prescriptible porque: con los artículos 1 y 2 de dicha resolución, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia dispone que, sin perjuicio de iniciar investigación previa y para que haya lugar a la instrucción fiscal: "*se requiere informe previo de la Contraloría General del Estado, en el que se determine";… facultad legal que, de conformidad con el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, caduca a los 7 (siete) años contados desde la fecha en que se hubieren realizado dichas actividades o actos.* (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 3)

De conformidad con lo que se ha señalado, el informe de Contraloría que determina indicios de responsabilidad penal, al ser una figura jurídica de carácter prescriptible y al encontrarse en calidad de requisito de procedibilidad, daba la posibilidad de que la acción y la pena por el delito de peculado prescriba, por tanto, el accionante de la presente acción constitucional impugnó la norma siguiente.

Artículo 581 (3), inciso final del COIP.

El artículo en mención señaló:

> Para el ejercicio de la acción penal, por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, constituye un presupuesto de procedibilidad que exista un informe previo sobre indicios de la responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado, cuando objeto de la infracción sea recursos públicos. (Código Orgánico Integral Penal, 2014)

Por aquello, el accionante fundamentó la inconstitucionalidad del artículo citado *ut supra,* manifestando que:

> Esta norma contenida en el último inciso del numeral 3 del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, ES INCOMPATIBLE CON LA NORMATIVA CONSTITUCIONAL CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 233 QUE DECLARA IMPRESCRIPTIBLE A LOS DELITOS DE PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO, puesto que, el efecto directo de dicha norma contenida en el último inciso del numeral 3 del artículo 581 del Código Orgánico Integral Penal, termina en el hecho que: los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito, efecto del principio de caducidad y prescripción que establece el artículo 71 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, SOLO PODRÍAN SER PERSEGUIDOS DURANTE SIETE AÑOS CONTADOS DESDE LA FECHA EN QUE SE HUBIESE COMETIDO EL ILÍICITO, HACIENDO PRESCRIPTIBLE LO QUE DECLARADO POR LA CONSTITUCIÓN COMO IMPRESCRIPTIBLE, ESTO ES QUE, LOS DELITOS DE PECULADO Y ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO QUEDARÍAN EN LA IMPUNIDAD. (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 4)

De igual manera el artículo 581 (3), inciso final del COIP, argumentó el accionante su inconstitucionalidad con base que:

> […] impone un requisito para el ejercicio de la acción penal por los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito (el informe previo con indicios de la responsabilidad penal); e, impone un límite temporal a la elaboración de ese requisito por parte de la entidad autorizada para ello, la Contraloría General del Estado (la caducidad y prescripción en siete años, para determinar las responsabilidades). Estas condicionalidades (requisito y tiempo límite), rompen al principio de imprescriptibilidad de la acción para perseguir los delitos de peculado. (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 4)

En la audiencia pública, quien actuó en representación de la presidencia de la Corte Nacional de Justicia manifestó que: “Esta norma limita y condiciona la potestad constitucional que tiene la Fiscalía para ejercer la acción penal pública como titular” (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 3), como se mencionó, quien ejerce la acción penal pública para investigar el presunto cometimiento de un delito es la Fiscalía General del Estado ya sea mediante denuncia o por oficio, y a pesar de que el agente fiscal se encuentre inconforme o

no esté de acuerdo con lo señalado por la Contraloría no podría iniciar el proceso por encontrarse condicionada por la necesidad del requisito de procedibilidad.

Cabe mencionar también que el informe que presente la Contraloría al agente fiscal aparte de en ese momento actuar como requisito de procedibilidad, actuaba como indicio en el proceso, mas no como prueba, sin perjuicio de que, en la etapa procesal correspondiente, el informe sea practicado como prueba, por lo cual, al ser un indicio, la Fiscalía puede o no tomarlo en cuenta para el proceso. El representante de la Procuraduría General del Estado manifestó en la audiencia pública señalando:

> El informe previo de la Contraloría es un requisito de procedibilidad que, a manera de ver de la Procuraduría General del Estado, afecta directamente a las potestades procesales que tiene la Fiscalía General del Estado, consagradas en el artículo 195 de la Constitución de la República. (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 5)

En concordancia con estos argumentos, el Subcontralor General del Estado determinó:

> Nosotros como Contraloría creemos que el informe de indicios de responsabilidad penal que se deriva de una auditoría o de un examen especial no puede ser un requisito de procedibilidad, porque no puede limitar las competencias que constitucionalmente están asignadas a la Fiscalía General del Estado. (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 5)

La Corte Constitucional analizó las normas impugnadas haciendo referencia a las competencias que tiene la Fiscalía General del Estado y la Contraloría General del Estado, tomando en cuenta la posibilidad de la prescripción del delito de peculado, de conformidad con lo aludido por el accionante manifestando que el informe de indicios de responsabilidad penal tiene una caducidad de 7 años.

El informe de la Contraloría al actuar como requisito de procedibilidad en un proceso penal, es decir, que la Fiscalía no pudo iniciar la instrucción fiscal por el delito de peculado, en

virtud de que para iniciar el proceso por tal delito, había que contar el informe que daba paso al inicio de la etapa procesal referida, por tanto la Corte Constitucional (2019) señaló: "El informe de la Contraloría, con carácter vinculante, puede considerarse como una intromisión de un órgano ajeno a la Función Judicial en el ejercicio de sus competencias" (p. 6), dejando en claro que la división de poderes a la que se refiere la Constitución estaría siendo violentada al estar presente la necesidad de un producto de una función del Estado, para que otra función a través de la Fiscalía inicie una investigación por el delito de peculado que afecta a la administración pública. Respecto a la autonomía de la Fiscalía otorgada por la Constitución, la Corte Constitucional (2019) menciona:

> Esta autonomía permite que la Fiscalía pueda investigar infracciones penales sin interferencias externas de otros organismos públicos. Entonces, la autonomía de la Fiscalía es un elemento fundamental para los controles mutuos de los poderes políticos distribuidos en la Constitución. Esta característica garantiza la libertad de la Fiscalía para cumplir con su deber sin la necesidad de autorizaciones ajenas a sus competencias constitucionales. En este sentido, el informe previo de la Contraloría es una traba para el ejercicio autónomo de sus competencias para investigar y ejercer la acción penal en todo delito. (p. 6)

Por tanto, quien es el único organismo del Estado que pueda acusar e iniciar un proceso en contra de una persona por el presunto cometimiento de un delito, en este caso del peculado, es la Fiscalía General del Estado, en virtud de lo señalado por la Constitución de la República, para entender esto la Corte ejemplifica que la Fiscalía podría recibir una notifica criminal, para lo cual investigó y tiene los suficientes elementos de convicción para iniciar la instrucción fiscal, pero al tener la necesidad del informe de la Contraloría que determine indicios de responsabilidad penal, mismo que puede no encontrar indicios penales, lo cual contravendría a la tesis manejada por el agente fiscal y, por consiguiente al no existir indicios de responsabilidad en el informe de Contraloría, la Fiscalía pese a tener conocimiento de la conducta no podría iniciar el proceso al estar condicionada. Para esto, la Corte Constitucional (2019) concluye: "De este modo la normativa infraconstitucional restringe competencias constitucionales e impide que […] la Fiscalía pueda tomar de forma autónoma la decisión de dirigir la investigación de oficio y ejercer la acción penal pública". (p. 6)

Asimismo, la Corte señala que la Contraloría puede determinar, según los hechos del caso que investiga, responsabilidades civiles, administrativas o indicios de responsabilidad penal, por lo cual el organismo de control no puede tener las facultades o funciones de la Fiscalía. Por ello, los informes que emite el organismo de control deberían actuar como indicio para el respectivo proceso penal, mas no en calidad de requisito de procedibilidad, y como se ha mencionado en el transcurso del presente trabajo, esta figura jurídica afectaría al proceso y no a la pena del procesado, respecto a lo que el informe señale. Con lo señalado por la Corte, Ramos (2017) en su investigación titulada "Derecho Constitucional en Ecuador y aspectos sobre la corrupción desde lo penal" concuerda indicando que:

> El estándar Constitucional 212 numeral 2 establece a la Contraloría General del Estado, le corresponde determinar responsabilidades administrativas y civiles culposas e indicio de responsabilidad penal, relacionadas con los aspectos y gestiones sujetos a su control, no obstante, esta materia sea propia de la Fiscalía General del Estado. Ello da lugar a la superposición de instituciones del estado, atenta contra el debido proceso, genera inseguridad pública y causa ineficiencia en la administración. (p. 2)

En virtud de lo manifestado, la Corte Constitucional resolvió en su parte pertinente: "Declarar la inconstitucionalidad de la Resolución de 24 de febrero de 2010 de la Corte Nacional de Justicia publicada en el Registro Oficial No. 154 de 19 de marzo de 2010 y del artículo 581 (3), inciso final, del Código Orgánico Integral Penal" y que "La Fiscalía General del Estado podrá ejercer la acción penal en los delitos de peculado y enriquecimiento ilícito sin requerimiento de informe de supervisión efectuados por los órganos de control" (Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados, 2019, p. 12-13), mediante lo cual la Fiscalía General del Estado actualmente puede iniciar a partir de la emisión de la presente sentencia, un proceso penal en contra de una persona que presuntamente ha cometido peculado, sin perjuicio de que el informe de Contraloría actúe como *notitia criminis* o como un indicio sobre los hechos y la responsabilidad del investigado.

5. MATERIALES Y MÉTODOS

La presente investigación tuvo un enfoque de estudio de carácter *cualitativo,* en virtud de que buscó tener el conocimiento correcto de las competencias en el Ecuador con base a su legislación tanto penal como de control, y logró determinar el procedimiento idóneo a llevar en un delito de peculado tomando en cuenta su clasificación, sin que exista intermediación en el aparato de justicia por instituciones ajenas a la Función Judicial en el país, cumpliendo con la separación de poder que nos establece la doctrina, con el fin de que los delitos de peculado no queden en la impunidad prescribiendo la facultad y acción examinadora de Contraloría, que posteriormente recae en la imposibilidad de ejercer las facultades investigativas de la Fiscalía General del Estado.

La metodología que se aplicó es el método inductivo, ya que ayudó a conocer el proceso que tiene la normativa penal en el Ecuador de acuerdo a las competencias en materia de investigación de un delito, las cuales son otorgadas por la ley a las diferentes instituciones del Estado, encargadas de realizar un control de los bienes y fondos públicos, mediante los cuales se puede determinar mediante su administración, un posible indicio de responsabilidad, ya sea esta penal o administrativa. Es decir, fijar la ley que en realidad debería aplicarse sin violar los derechos constitucionales ni los principios procesales, que se desarrolle con base a principios de celeridad y sin perjuicio de que la facultad examinadora de la Contraloría General del Estado prescriba.

El método exegético ayudó a determinar el significado y la interpretación que el legislador ha dado a la normativa penal para que los operadores de justicia, fiscales y abogados, puedan interpretar el delito de peculado en sus distintas clasificaciones dentro de un proceso penal, por la razón de que la Constitución otorga la facultad investigadora a la Fiscalía General del Estado, tal como se mencionó en el desarrollo del presente trabajo.

Esta investigación se realizó mediante la técnica *Revisión Documental***,** en virtud de que la revisión de la normativa legal ayudó a proporcionar un mayor alcance respecto de la aplicabilidad del procedimiento del delito de peculado en su proceso penal, además de la jurisprudencia que fue emitida desde los entes jurisdiccionales que emiten fallos de triple

reiteración, las reformas legales y los datos obtenidos de fuentes bibliográficas de autores reconocidos en el área penal, especialmente sobre delitos contra la administración pública.

El presente trabajo utilizó la normativa relacionada al peculado desde la tipificación de éste en los distintos Códigos Penales dictados por el aparato legislativo conforme ha evolucionado el derecho y la sociedad, lo cual ha obligado al legislador a que la tipificación del peculado se adecue al ritmo del entorno social y sus necesidades respecto a las acciones y efectos que causa su cometimiento, además de haber utilizado la normativa que regula las instituciones en las cuales se puede cometer este delito, llegando a concluir que el peculado a través de su clasificación puede ser consumado en el sector público y privado.

De igual manera, se analizó y citó las distintas Resoluciones que los organismos judiciales como los tribunales penales, la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional han emitido, en razón de la sanción, el proceso y los requisitos de procedibilidad, conjuntamente con el ámbito de aplicación de los fallos emitidos. Con esto, se llegó a determinar los requisitos necesarios para iniciar una investigación en los distintos tipos de peculado.

6. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

La presente investigación se ha realizado con base en una revisión documental extensa relacionada a como ejercer las competencias de las instituciones del Estado que se asemejan a cumplir un rol de justicia en razón de la investigación judicial y la cooperación entre la fiscalía con las autoridades estatales con el fin de que el aparato jurisdiccional sancione a quienes han perjudicado económicamente a la administración pública mediante el cometimiento del peculado. Este delito como ya se mencionó, ha tenido varias reformas desde el momento en que se lo tipificó en la normativa penal ecuatoriana, respecto a la pena, la inclusión de la figura jurídica de imprescriptibilidad, y la procedibilidad con base en un informe emitido por la Contraloría General del Estado.

En concordancia con los criterios de los autores citados en el presente trabajo, se ha acordado con las aseveraciones manifestadas por los autores citados, en razón de que el informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría es tomado por el agente fiscal como un indicio mediante el cual a criterio de éste, los elementos integrados en la auditoría serán o no, incluidos como prueba en el proceso posterior a la instrucción fiscal, ahora tomando en cuenta lo resuelto por la Corte Nacional de Justicia respecto a que el informe actúe en calidad de requisito de procedibilidad, limita la facultad investigadora y la de acusar a una persona por el cometimiento de un delito, refiriéndonos a la Fiscalía se encontraba condicionada por el organismo máximo de control en el Ecuador.

Se utilizó el término de condicionado en virtud de que la procedibilidad a la cual hace alusión el informe de la Contraloría, permitía que la Fiscalía pueda iniciar el proceso, pero que sucedía si el agente fiscal no tenía en su poder este requisito, la respuesta es que con el fin de no afectar al debido proceso no se podía dar inicio a la instrucción fiscal, por ello, el órgano de investigación podía iniciar el proceso, siempre y cuando cumpla con la condición de tener como requisito de procedibilidad al informe de la Contraloría General del Estado.

Ahora bien, el criterio y las estrategias jurídicas que manejan estas dos instituciones son distintas en virtud del ámbito de aplicación en el cual pueden ejercer sus competencias, tomando en cuenta el contexto administrativo y el contexto penal, por cuanto, los indicios que la Contraloría pudo recabar en el proceso de auditoría a un funcionario público del cual se presume la comisión de un delito, pueden o no ser suficientes para que el Fiscal los tome a consideración en el inicio de la instrucción fiscal respecto a que estos elementos, llegan a conocimiento del fiscal como un indicio, y tomando en cuenta que quien acusa penalmente a una persona es la Fiscalía, mas no el organismo de control.

La conducta del peculado consiste en un acto mediante el cual las personas encargadas de los bienes y servicios del Estado, las entidades descentralizadas y desconcentradas, instituciones del sistema financiero público y privado, entre otras, abusan de su calidad o cargo con el fin de enriquecerse a sí mismo o a terceros, por lo que estos actos son considerados como la sustracción o distracción de los bienes que pertenecen al Estado o a

un privado según la normativa penal. Es pertinente mencionar que en las dos formas de cometimiento del ilícito la culpabilidad es puramente dolosa.

El peculado es un acto que afecta en una gran proporción al Estado, debido a su efecto y la persona quien lo comete, es decir, el agente que consuma el resultado del acto típico por un lado altera el correcto funcionamiento de la administración pública o de una institución de carácter privado al momento en que los bienes o los servicios que son esenciales para el desarrollo de la entidad donde se comete el delito, son sustraídos o distraídos por la persona, lo que ocasiona un estado de peligro y un daño o lesión al interés protegido por la ley penal, por otro lado, este agente pierde la confianza depositada por el Estado o por una institución al haber actuado de una manera desleal y carente de probidad.

El objeto material de este delito es entendido por el término bienes. Estos bienes pueden ser de dominio del Estado, a través de las instituciones que manejan las diferentes funciones estatales, los organismos descentralizados como los municipios, juntas parroquiales o gobiernos provinciales, además de las instituciones financieras que son manejadas por el sector público, y los demás establecimientos sobre los cuales tiene potestad el Estado.

De igual manera, los bienes pueden ser de propiedad privada, como de las instituciones que se encuentran bajo el marco regulatorio de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria, donde el peculado cometido será clasificado por apropiación o por uso indebido, tal como se mencionó en los tipos de peculado.

Ahora bien, este delito no necesariamente es cometido por los servidores que físicamente manejan el bien. El término administración incluye un contacto físico o el manejo del objeto material, lo cual significa que el agente se encuentra en posesión material del bien, sin embargo este no es el único modo de configurar la conducta, la persona quien autoriza para que el objeto material sea sustraído o distraído de la administración también está en condición de cometer este ilícito y sin la necesidad de que se encuentre en contacto físico con el bien, solamente con la potestad de administrarlo puede consumar el peculado.

La calidad del agente en la que actúa para el cometimiento del delito, ya sea autor o co-autor, influirá dentro del proceso penal una vez que el agente fiscal valore los indicios y posteriormente acuse a cada procesado de conformidad a su actuación en el *iter criminis*, esto influirá en las consecuencias que el poder punitivo aplica para sancionar a quien afectó a la administración pública a través de su actuación pública. De todas formas, la normativa penal con la tipificación de este delito busca proteger el bien jurídico tutelado del Estado y los intereses económicos de un privado, por lo que el objetivo principal al encontrar la culpabilidad del procesado corresponde a su sanción respectiva y poder resarcir el daño provocado a través de una reparación integral.

En adición a lo manifestado, es necesario tratar el tema de la responsabilidad y lealtad como miembro de la sociedad, es decir, el Estado confiere a una persona el manejo de un determinado bien con el fin de que lo administre de una manera eficiente y proba, lo cual ayuda a la sociedad a que la administración pública evolucione en beneficio de la comunidad. Un servidor público ha escogido brindar sus servicios y aportar con su conocimiento y habilidades para que la institución en la cual labora preste una atención al público eficaz, esta prestación debe ir de la mano con los valores y principios que ayuden a la persona a crecer como ser humano y como miembro de una sociedad.

La unificación de un pensamiento basado en valores y principios éticos por cada servidor público, hará que la administración pública en general evolucione de una manera que la dinamización del Estado conjuntamente con su economía actúe en beneficio de la sociedad.

Sin embargo, cuando un servidor público atenta contra la administración, genera un daño a la sociedad tras la comisión de peculado. Aquí es importante mencionar que el derecho penal no es perfecto, conjuntamente con la administración de justicia ecuatoriana que con base a nuestra historia se sabe que todavía no es un aparato judicial consolidado totalmente, lo cual genera en muchos de los casos incertidumbre respecto a la sanción que el agente que comete peculado debe recibir, es decir, la historia ecuatoriana conoce muy bien que muchos de los servidores públicos, que en su mayoría fueron políticos y banqueros procesados por peculado, huyeron del país con cantidades asombrosas de dinero y realizaron gestiones en el exterior para que el Ecuador no tenga posibilidad de extradición, lo que genera impunidad y

rechazo social, quedando el agente con una deuda pendiente con el poder punitivo del Estado.

Estos antecedentes pueden generar una cadena de cometimiento del delito de peculado en la administración pública, siendo que al demostrar que el sistema judicial ecuatoriano posee una debilidad considerable en el proceso penal que deriva en una sanción y la busca de una reparación integral como el resarcimiento del derecho vulnerado, funcionarios públicos y particulares pueden afectar y han afectado al Estado con la consumación de este delito.

Ahora la sociedad conoce cuál es el efecto que genera el cometimiento del peculado conjuntamente con otros tipos penales, que en consecuencia en un Estado genera corrupción, y el Ecuador conoce actualmente el daño económico y la afectación social que esto implica, sin embargo, existen todavía servidores públicos que buscan lucrar de las arcas fiscales para beneficio propio. Toda esta problemática existirá mientras cada miembro de la sociedad no actúe con base en valores y principios éticos lo cual generará un cambio en pro de la comunidad.

Por lo manifestado, la intención por un lado fue identificar las acciones que un servidor público debe desempeñar con base en la confianza depositada por el Estado para la administración de un bien o un servicio, y por otro lado, el objetivo no fue señalar que el informe de Contraloría sea excluido del proceso penal, la actuación de la Contraloría en virtud de sus facultades y atribuciones otorgadas por la Constitución y la ley, demuestran la necesidad de que el organismo de control examine e informe sobre el manejo de los recursos públicos en la distintas instituciones del Estado, el problema radicó en la etapa procesal en la cual actuaba el informe con indicios de responsabilidad penal, retardando la actuación investigativa de la Fiscalía.

Con los métodos e instrumentos utilizados en esta investigación, se quiso evidenciar la problemática que generó el informe de la Contraloría en calidad de requisito de procedibilidad, además de obtener información sobre cómo solucionar este problema jurídico por que se analizaron los distintos fallos emitidos por la Corte Nacional de Justicia

conjuntamente con la Corte Constitucional, respecto a la necesidad de requerir el informe con indicios de responsabilidad penal como requisito pre procesal.

7. CONCLUSIONES

- El delito de peculado es una conducta típica, antijurídica y culpable que afecta a la administración pública tomando en cuenta dentro de la esfera del daño, a los contribuyentes que, con sus tributos o aportaciones, otorgan ingresos al Estado para que a través de sus instituciones públicas presten un servicio.

- El cometimiento del delito de peculado dentro del marco regulatorio de la Superintendencia de Bancos y Seguros, así como de la Superintendencia de Economía Popular y Solidaria se encuentra establecido en el artículo 278 inciso 3, por lo cual deja en claro que la conducta de peculado propio se encuadra en el contexto privado en virtud de lo que señala la configuración de la conducta del peculado impropio y el peculado bancario, considerando la calidad en la que se encuentra el procesado y el contexto en el que se cometió el delito.

- La doctrina penal clasifica los distintos tipos de peculado con el fin de que la Fiscalía General del Estado pueda adecuar la conducta al tipo penal, sin embargo, el Código Orgánico Penal no contempla dicha clasificación, por lo cual el cometimiento del peculado por uso indebido podría ser tomado en cuenta como una sanción administrativa, mas no como sanción penal.

- La normativa ecuatoriana otorga la calidad de imprescriptible a la acción y a la pena en delito de peculado, con el fin de sancionar a quienes han consumado el ilícito, a pesar de que posteriormente huyan del país dejando el perjuicio a la administración pública.

- La exigencia del informe con indicios de responsabilidad penal emitido por la Contraloría General del Estado limita a la Fiscalía a cumplir con sus funciones y atribuciones otorgadas por la Constitución y la ley, atentando al principio de autonomía del órgano de investigación penal.

- El informe con indicios de responsabilidad penal de la Contraloría actúa como indicio en el proceso penal, por lo cual el Fiscal tiene la potestad de tomarlo a consideración o no, para posteriormente incluirlo en el proceso en calidad de prueba y que sirva como elemento para llevar al convencimiento al juez de la comisión del delito.

- La caducidad y prescripción de 7 años del informe de Contraloría al haber actuado como requisito de procedibilidad para la persecución del delito de peculado, fue una norma inconstitucional, en virtud de que dio paso a que la acción para iniciar un proceso por tal delito pueda prescribir, una vez que opere la caducidad del término para la emisión del informe en mención.

8. RECOMENDACIONES

- Si bien el delito de peculado se encuentra tipificado en el Código Orgánico Integral Penal, los distintos tipos de peculado al no estar tipificados en la norma, pueden dar paso a otro tipo de sanciones, como el peculado por uso indebido que puede ser causa para una sanción administrativa y no una sanción de carácter penal.

- Las instituciones públicas, especialmente quien representa a cada función del Estado, debe velar por la seguridad jurídica de las personas y del cuidado del debido proceso, esto en virtud de las aseveraciones hechas por varios funcionarios refiriéndose a las acciones constitucionales planteadas en contra de la Resolución de la Corte Nacional de Justicia que exigió el informe de Contraloría como requisito de procedibilidad, por cuanto se pudo identificar la intención de mantener esta figura jurídica sin una motivación legal suficiente, lo cual dio paso a que en el Ecuador exista la posibilidad de que el peculado que es un delito que afecta a la administración pública con calidad de imprescriptible, tenga la posibilidad de prescribir.

- La normativa constitucional y la doctrina establecen una división de poderes entre las distintas funciones del Estado que cumplen con sus atribuciones de acuerdo a las competencias determinadas por la ley. Por ello, el organismo judicial y legislativo al

momento de dar su criterio jurídico o emitir una ley, debe respetar las competencias y facultades que cada función del Estado posee a través de sus distintas instituciones, esto con el fin de que ninguna entidad se abrogue funciones que por mandato legal pertenecen a una distinta dependencia.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Abello, J. (2017). El peculado por comisión por omisión En Colombia. *Revista Pensamiento Jurídico No. 45.* 0122-1108. 157-192. Recuperado 20 de septiembre de 2020, de https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/issue/download/4743/pdf_29

Abello, r. (2010). El abuso de confianza y el peculado en la responsabilidad penal empresarial: la responsabilidad penal por administración de fondos parafiscales en las E.P.S. en Colombia. *Prolegómenos. Derechos y Valores, XIII* (26), 267-284. ISSN: 0121-182X. Recuperado 19 de septiembre de 2020, de https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=876/87617274016

Aguirre, A. (2017). *La Nación*. "El loco que ama", Recuperado 22 de julio de 2020, de https://lanacion.com.ec/regresa-loco-ama/?fbclid=IwAR3-yXrJmU3t1h9xrRA4uRJU_V2LkVQ-2opwIj_p2jSX2d3Rfjuli8Pb9NE

Betancurt, E. L. (1998). *Delitos en Particular.* Ciudad de México, México: Editorial Porrúa.

Cancino, A. J. (2011). *Delitos contra la administración pública. In Leccionaes de Derecho Penal Parte Especial (2da. ed).* Bogotá, Colombia.

Carrara, F. (1956). *Programa de Derecho Criminal.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Castellón, A. D. (2008). *Derecho penal parte especial. Delitos contra el patrimonio y contra los recursos de la administración pública.* Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.

Código Orgánico Integral Penal. (2014). Registro Oficial N° 180. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Código Orgánico Monetario y Financiero. (2014). Registro Oficial N° 332 de 12 de septiembre de 2014. Quito: Lexis.

Colorado, R. (2018): *"El informe de la contraloría general del estado como presupuesto de procedibilidad en el delito de enriquecimiento ilícito y su importancia en el proceso penal", Revista Caribeña de Ciencias Sociales* 2254-7630. Recuperado 16 de septiembre del 2020, de https://www.eumed.net/rev/caribe/2018/11/informe-contraloria-general.html

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2019). *Un Modelo de Reinserción Social, Criterios para un sistema orientado al respeto de los Derechos Humanos.* Ciudad de México, México: GVG Grupo Gráfico S.A. Recuperado 01 de agosto de 2020, de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-07/modelo-reinsercion-social.pdf

Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449. Montecristi, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Creus, C. (1995). *Derecho Penal Parte Especial 5a ed*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.

Cueva Carrión, L. (2006). *Peculado (1era ed.)*. Quito, Ecuador: Editorial Cueva Carrión.

Donna, E. A. (2008). *Delitos contra la Administración Pública*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culsoni.

Escobar, C. B. (2009). El delito de peculado en el Ecuador. Quito, Ecuador.

Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. (1998). Roma, Italia. Recuperado 05 de agosto de 2020, de https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf

Freire, M. (2018). *Los requisitos de procedibilidad en el delito de peculado en el Ecuador*. (Disertación previo a la obtención del título de abogado) Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito, Ecuador. Recuperado 25 de julio de 2020, de http://repositorio.puce.edu.ec/bitstream/handle/22000/14701/DISERTACION%20MILTON%20FREIRE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Galvis Feria, J. J. (2020). *Abogado en la Web*. Obtenido de Requisito de Procedibilidad: Recuperado 04 de agosto de 2020, de https://abogadoenlaweb.com/2018/10/requisito-de-procedibilidad?fbclid=IwAR16kOlLtH5xKoXNNZ01bowyG4XPB3xU1Px_EaP057kKGSOgnFISXytqz-g

Gómez, E. A. (s.f). *Manual de Derecho Penal Ecuatoriano (Parte Especial)*. Quito, Ecuador: Ediciones Legales S.A. Recuperado 27 de julio de 2020, de http://www.pucesi.edu.ec/webs/wp-content/uploads/2018/03/ALban-Ernesto-Manual-de-derecho-Penal.pdf

Ley Orgánica de la Administración Financiera y Control. (2002). Registro Oficial N° 604, de 25 de junio del 2002. Quito, Ecuador.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. (2002). Registro Oficial N° 595, 12 de junio 2002. Quito, Ecuador: Centro de Estudios y Publicaciones.

Martinez Loor, J. S. (2015). *El presupuesto de procedibilidad en el delito de peculado sometido en instituciones del sistema financiero Nacional como medio para evitar la impunidad*. Ambato, Ecuador. (Tesis de Maestría) Universidad Regional Autónoma de los Andes. Recuperado 30 de julio de 2020, de http://45.238.216.28/bitstream/123456789/649/1/TUAEXCOMMDPC006-2015.pdf

Mendes de Carvalho, É. (2005). *Las condiciones de procedibilidad y su ubicación sistemática. Una crítica al sistema integral del Derecho Penal.* Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 1-10: Recuperado 02 de agosto de 2020, de http://criminet.urg.es/recpc

Olivo, C. (2016). Impunidad y disuasión criminal del control anticorrupción en Ecuador: el caso de la Comisión Anticorrupción 1998-2008. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*. 1390-4299. 41-60. Recuperado 19 de septiembre de 2020, de http://revistas.flacsoandes.edu.ec/index.php/URVIO

Osorio, P. P. (1976). *Derecho Penal Especial, tercera edición actualizada.* Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Paredes Escobar, C. B. (2009). El delito de peculado en el Ecuador. Quito, Ecuador. (Tesis de Maestría) Universidad Andina Simón Bolívar. Recuperado 26 de julio de 2020, de http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/699

Peñaloza, A. L. (2005). *Sentencias Penales Frecuentes.* Bogotá, Colombia: Universidad Cooperativa de Colombia.

Ramos, R. (2017). Derecho constitucional en ecuador y aspectos sobre la corrupción desde lo penal. *Revista Chakiñan de Ciencias Sociales y Humanidades*, (2), 35-46. Recuperado en 17 de septiembre de 2020, de http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2550-67222017000100035&lng=es&tlng=es.

Raza, S. (2008). *El Peculado Bancario en la Crisis Financiera de 1998.* Quito, Ecuador: Abya-Yala.

Resolución 10-11-2010. (2010). Registro Oficial No. 336 de 8 de diciembre de 2010. *Inicio de la acción penal en delitos financieros (Facultades de la Superintendencia de Bancos y Seguros)*. Quito. Recuperado 04 de agosto de 2020, de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/37%20Inicio%20de%20accion%20penal%20por%20delitos%20financieros.pdf

Resolución 24-02-2010. (2010). Registro Oficial No. 154, de 19-mar-2010. *Informe previo de Contraloría en los procesos penales por peculado y enriquecimiento ilícito*. Quito, Ecuador. Recuperado 04 de agosto de 2020, de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/32%20Informe%20previo%20de%20Contraloria.pdf

Resolución No. 08-2015. (2015). Registro Oficial No. 539, de 09 de julio de 2015. *Peculado y delitos contra el sistema financiero no requierpra de ningún informe previo o adicional de aquellos organismos de control como presupuesto de procedibilidad*. Quito, Ecuador. Recuperado 04 de agosto de 2020, de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/resoluciones_obligatorias/2015/15-08%20Peculado%20y%20delitos%20financieros.pdf

Sentencia No. 5-13-IN/19 y acumulados. (2019). *Informe previo de la Contraloría*. Quito, Ecuador.

Servicio Nacional de Atención Integral a Personas Adultas Privadas de la Libertad y a Adolescentes Infractores. (2020). *El SNAI*. Objetivo General. Recuperado 05 de agosto de 2020, de https://www.atencionintegral.gob.ec/http-www-atencionintegral-gob-ec-mision-vision/

Sigüenza, M. (2010). *Definiciones Doctrinales en Materia Penal.* Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Uzcátegui, G., & Falconí, J. (1982). *Manual de Prácticas Procesal en los Juicios por Peculado, segunda edición aumentada y actualizada.* Quito, Ecuador.

Vásquez, V. C. (2013). *Manual de Derecho Mercantil.* Quito, Ecuador: Editorial Jurídica del Ecuador.

Zambrano Pasquel, A. (2007). *El caso Filanbanco: peculado bancario y extradición Vol. Práctica Penal Tomo VII.* Guayaquil: Edino.